Der Begriff des Mitbesitzes

nach gemeinem Rechte und Bürgerl. Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock i. M.

vorgelegt von

Ernst Behrend,

Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Körlin an der Persante.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1905.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0045

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Teil.

Der Begriff des Mitbesitzes nach gemeinem Rechte.

§ 1. Einleitung 1

1. Abschnitt.

Compossessio plurium in solidum.

§ 2. Nachweis der Unmöglichkeit der compossessio plurium in solidum unter allgemeinen Voraussetzungen 2

§ 3. Nachweis der Unmöglichkeit der compossessio plurium in solidum unter den besonderen Voraussetzungen, daß die Solidarbesitzer sind:

1. Faustpfandgläubiger und Verpfänder 5
2. Precario dans und accipiens 10
3. Justus und injustus possessor 15

2. Abschnitt.

§ 4. Possessio pro partibus divisis 25

3. Abschnitt.

Compossessio pro partibus indivisis.

§ 5. Möglichkeit des Mitbesitzes zu ideellen Teilen bei Einstimmigkeit der einzelnen Besitzer 27

§ 6. Die Mitbesitzer können sowohl juristische Besitzer als auch Detentoren sein 30

§ 7. Der Wille der Mitbesitzer muß auf eine bestimmte Quote gerichtet sein 33

§ 8. Die Mitbesitzer können die bestimmten Quoten willkürlich festsetzen 40

Seite

Zweiter Teil.

Der Begriff des Mitbesitzes nach Bürgerlichem Gesetzbuche.

§ 9. Einleitung 42
§ 10. Der Mitbesitz im Bürgerlichen Gesetzbuche 43
§ 11. Der unmittelbare und mittelbare Besitzer einer Sache haben keinen Mitbesitz 44
§ 12. Der Begriff des Mitbesitzes in der Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuche:
1. Herrschende Ansicht 47
2. Ansicht Wolffs 50
§ 13. Begriff und Konstruktion des Mitbesitzes nach §§ 1081 und 1206 B.G.B. 58
§ 14. Mitbesitz und gemeinschaftlicher Besitz 65
§ 15. Gemeinschaftlicher Besitz ohne Mitbesitz 70

Literaturverzeichnis.

I. Literatur zum gemeinen Rechte.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. München 1855.

Baron, Die Gesamtrechtsverhältnisse im römischen Recht. Marburg und Leipzig 1864.

Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848.

Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern. Leipzig 1880.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 1. Abteilung. Erlangen 1857.

Büff, Haben Mitbesitzer untereinander possessorische Interdikte? VI in Bd. 3 Neue Folge des Archivs für praktische Rechtswissenschaft.

Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts. Bd. 1. 2. Aufl. Bonn 1853.

Corpus juris civilis. Herausgegeben von Krüger und Mommsen.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. Berlin 1884.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. 2. Leipzig 1864.

Dernburg, in Pözl, Vierteljahrschrift Bd. 5. München 1857.

Eck, Die sogen. doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts. Berlin 1870.

Hesse, Beiträge zur Lehre vom Miteigentum und der communio. IV in Bd. 4 Neue Folge des Archivs für praktische Rechtswissenschaft.

v. Jhering, Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen. 8. Aufl.

Kniep, Vacua possessio. Bd. 1. Jena 1886.

v. Keller, Pandekten. Leipzig 1861.

Keller, Über die deductio, quae moribus fit und das interdictum uti possidetis. IX in Bd. 11 der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Berlin 1842.

Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts I. Altona 1839.

Lenz, Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen. Berlin 1860.

Meischeider, Besitz und Besitzschutz. Berlin 1876.

Miescher, Die Besitzinterdikte unter den Mitbesitzern. V in Bd. 59 Neue Folge des Archivs für civilistische Praxis.

Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht. Herausgegeben von Rudorff. 5. Aufl. Bd. 1. Leipzig 1862.

Randa, Der Besitz nach österreichischem Rechte. Leipzig 1865.

Steinlechner, Das Wesen der juris communio und der juris quasi communio. Innsbruck 1876.

v. Savigny, Das Recht des Besitzes. Herausgegeben von Rudorff. 7. Aufl. Wien 1865.

v. Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. Bd. 1. Berlin 1851.

v. Scheurl, Weitere Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. Erlangen 1884.

Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 1. Leipzig 1856.

Ubbelohde, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld, begründet von Glück. Serie 43 und 44. 2. Teil. Erlangen 1890.

Ubbelohde, Die Lehre von den unteilbaren Obligationen. Hannover 1862.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. 6. Aufl. Marburg 1851.

Witte, Gewährt nach römischem Recht die mit animus rem sibi habendi verbundene tatsächliche Herrschaft über eine Sache in allen Fällen den Schutz durch Interdikte? XV in Bd. 18 der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Gießen 1861.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.

Wendt, Das Faustrecht oder Besitzverteidigung und Besitzverfolgung. Jena 1883.

Wächter, Über Teilung und Teilbarkeit der Sachen und Rechte. VII in Bd. 27 des Archivs für civilistische Praxis.

Wolff, Der Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. V in Jherings Jahrbüchern Bd. 44.

II. Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des B.G.B. 25 in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. 6. Folge. 2. Jahrg. Berlin 1898.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen. I in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 34. Jena 1895.

Bendix, Die Besitzlehre nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung. Hannover 1900.

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Das Sachenrecht. Berlin 1898.

Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe mit Anmerkungen von Fischer-Henle. München 1899.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1. und 2. Aufl. Jena 1899.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Aufl. Stuttgart 1898.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 3. 2. Aufl. Halle 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. 13. Leipzig 1885.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. Marburg 1898.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 3. und 4. Aufl. Berlin 1898.

Goldschmidt, Vermischte Schriften. Bd. 1. Berlin 1901.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. Jena 1900.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 3. Aufl. Berlin 1900.

Meißner, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. 3. Buch: Das Sachenrecht. Breslau 1901.

Miescher, Die Besitzinterdikte unter den Mitbesitzern. V in Bd. 59 Neue Folge des Archivs für civilistische Praxis.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 3: Sachenrecht. Berlin und Leipzig 1888.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Bd. 3: Sachenrecht. Berlin 1899.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. 1. und 2. Aufl. Berlin 1902, 3. Aufl. Berlin 1904.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 3: Sachenrecht. Berlin 1899.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem B.G.B. I in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 38. Jena 1898.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz. Bd. 3: Sachenrecht. München 1898.

v. Seeler, Zur Lehre vom Mitbesitz. X in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 44. Jena 1902.

Wolff, Der Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. V in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 44. Jena 1902.

Erster Teil.

Der Begriff des Mitbesitzes nach gemeinem Recht.

§ 1.

Einleitung.

Das Wort „compossessio", welches die gemeinrechtliche Doktrin als terminologische Bezeichnung des Mitbesitzes aufgestellt hat, ist kein quellenmäßiges. Erst die neueren Pandektenschriftsteller haben dem Mitbesitz diesen Namen gegeben. Deswegen ist den Römern aber der Begriff „Mitbesitz" nicht fremd geblieben, denn eine größere Anzahl Fragmente sprechen von ihm. Und zwar tritt uns in den Quellen der Fall, daß mehrere Personen eine Sache gemeinschaftlich besitzen, in drei verschiedenen Gestaltungen entgegen: einmal in der Form der compossessio plurium in solidum, ferner als possessio pro partibus divisis und pro partibus indivisis.

Erster Abschnitt.

Compossessio plurium in solidum.

§ 2.

Nachweis der Unmöglichkeit derselben unter allgemeinen Voraussetzungen.

An jeden Mitbesitz, in welcher Gestalt er uns auch gegenübertritt, sind natürlich dieselben Voraussetzungen geknüpft, die vom Alleinbesitz einer Sache gefordert werden. Da Kinder, Wahnsinnige und juristische Personen nicht Besitz einer Sache haben können, so können sie auch ebensowenig Mitbesitzer einer Sache sein. Denn ihnen fehlt der animus possidendi, der nach gemeinem Rechte neben dem corpus das Haupterfordernis des Besitzes ist.

Wenden wir uns zunächst zu derjenigen Form des Mitbesitzes, deren Existenz unter den römischen Juristen bereits streitig war und es bis auf die neueste Zeit geblieben ist, der possessio plurium in solidum. Voraussetzung derselben ist, daß mehrere Personen eine Sache ganz und ungeteilt besitzen. Faßt man den Besitz der herrschenden Ansicht nach als tatsächliche Herrschaft über eine Sache auf, so ist ein derartiger Zustand unmöglich. Dies haben auch die Römer grundsätzlich anerkannt, und mit Recht sagt Paulus l. 3 § 5 D. 41, 2: plures eandem rem in solidum possidere non

possunt; er stellt damit das Prinzip der Ausschließlichkeit eines jeden Besitzes auf. Paulus begründet seinen aufgestellten Grundsatz damit, daß es der Natur widerspreche, wenn man annehmen wollte, es könnten mehrere eine Sache ganz und ungeteilt besitzen.

Die Unmöglichkeit einer compossessio plurium in solidum erwähnt ferner Celsus l. 5 § 15 D. 13, 6, wenn er sagt:

> et ait, duorum quidem in solidum dominium, vel possessionem esse non posse.

Diese von Paulus und Celsus aufgestellte Behauptung der Unmöglichkeit einer possessio plurium in solidum steht als Grundsatz unbestritten da. Baron[1]) allein will in seinem Werk über Gesamtrechtsverhältnisse diese erwähnte Regel nur in beschränktem Maße gelten lassen. Er behauptet nämlich, daß sich der Satz des Paulus nur auf die Detention beziehe, auf den jurisitischen Besitz aber keine Anwendung finde. Dies könne man deutlich aus den Worten des Paulus l. 3 § 5 D. 41, 2 erkennen:

> contra naturam quippe est, ut quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris

und weiter:

> non magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.

Diese Sätze, mit denen Paulus seine aufgestellte Behauptung begründet, bezögen sich nur auf die Detention, und daher könne man auch nur bei dieser von einer Unmöglich-

---

[1]) Baron, Die Gesamtrechtsverhältnisse im römischen Recht S. 2—3.

keit der compossessio plurium in solidum sprechen. Hiergegen ist einzuwenden, daß Paulus, wenn er speziell die detentio im Auge hat, nicht das Wort „possessio“ verwenden würde. Denn possessio ist der umfassendere Begriff, den die römischen Juristen sowohl für den juristischen Besitz als für die Innehabung gebrauchten. Ähnlich drückt dies Steinlechner[1]) aus, wenn er schreibt: „Gerade daß Paulus die Unmöglichkeit der possessio plurium in solidum in einer Weise begründet, die auf die Detention paßt, beweist, daß von beiden Verhältnissen in dieser Beziehung das gleiche gilt.“ Baron stützt seine Behauptung ferner darauf, daß es, da es ja eine Stellvertretung im Besitz gebe, möglich wäre, daß zwei für den Besitz einer Sache einen und denselben Stellvertreter bestellen könnten, und in diesem Falle läge eine possessio plurium in solidum vor. Dies ist m. E. als unrichtig zu bezeichnen. Es richtet jemand seinen Willen auf den Besitz einer und derselben Sache, er will dieselbe ganz und ungeteilt besitzen, dann kann er aber unmöglich auch noch zugleich den Willen haben, daß ein anderer diese Sache ebenfalls besitze, und zwar ebenfalls mit einem auf die ganze Sache gerichteten Willen. In ähnlicher Weise schreibt Randa[2]) in seiner Polemik gegen Baron, es sei „logisch undenkbar, daß jemand eine Sache in solidum für sich und zugleich für einen anderen zu besitzen willens sei“.

---

[1]) Steinlechner, Das Wesen der juris communio und der juris quasi communio II S. 9 Anm. 4.

[2]) Randa, Der Besitz nach österreichischem Rechte S. 155 Anm. 2.

§ 3.

Nachweis der Unmöglichkeit der compossessio plurium in solidum unter den besonderen Voraussetzungen, daß die Solidarbesitzer sind:

1. Faustpfandgläubiger und Verpfänder.

Obwohl nun der vorhin aufgestellte Grundsatz „plures eandem rem in solidum esse non possunt“ als Regel allgemeine Anerkennung findet, so wird doch von den verschiedensten Seiten behauptet, daß derselbe in mannigfacher Beziehung Ausnahmen erleidet. Es wird zunächst der Einwand erhoben, daß mehreren Personen ein Solidarbesitz unter der Voraussetzung zustehe, daß dieselben Faustpfandgläubiger und Verpfänder sind. Die Besitzverhältnisse dieser beiden Personen sind von den römischen Juristen verschiedentlich erörtert worden. Paulus zitiert l. 1 § 15 D. 31, 2 den Julian:

> Per servum corporaliter pignori datum non acquirere nos possessionem Julianus ait: ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri, ad usucapionem; nec creditori, quia nec stipulatione, nec ullo alio modo acquirat, quamvis eum possideat.

Ferner sagt Julianus l. 36 D. 41, 2 vom Pfandschuldner „intellegitur possidere“. In ähnlicher Weise schreibt Javolenus l. 16 D. 41, 3, daß der Verpfänder nur „ad usucapionem possidet“, während der Gläubiger „quod ad reliquas omnes causas pertinet“ besitzt.

Mit diesen Zitaten aus den Schriften des Julianus und Javolenus stehen, wie es anfangs scheinen könnte, zwei von Paulus und Florentin aufgestellte Sätze in Widerspruch. Paulus sagt nämlich l. 37 D. 13, 7, daß der Faustpfandgläubiger allein besitzt, während der Verpfänder nicht

besitzt. Noch deutlicher drückt dasselbe Florentinus l. 35 § 1 D. 13, 7 aus: pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem.

Bruns[1]) hat nun auch diesen scheinbaren Widerspruch für bestehend gehalten und versucht ihn historisch zu erklären, indem er sagt, daß die älteren römischen Juristen, und zwar wahrscheinlich die Sabinianer — Julianus und Javolenus waren Sabinianer — der Ansicht waren, daß ein doppeltes Besitzverhältnis existiere, während die späteren Juristen wie Paulus und Florentin zu der richtigen Ansicht gelangt seien, daß der Pfandgläubiger allein besitze. Derselben Ansicht scheint auch Keller[2]) zu sein, wenn er sagt:

> „Der Verpfänder bedurfte den Besitz behufs Fortsetzung der Usukapion, der Faustpfandgläubiger behufs der Interdikte. Später gab man dem natürlichen Besitzverhältnis den Vorzug, schrieb dem wirklichen Inhaber der Sache allein den Besitz zu."

Hiergegen ist zu sagen, daß es sich um gar keine Kontroverse unter den römischen Juristen handelt, sondern daß vielmehr, wie auch Baron[3]) mit Recht annimmt, die erwähnten Stellen aus Paulus' und Florentins Schriften von einem Pfande reden, das der Eigentümer einem anderen übergibt. Der Eigentümer kann aber nicht usukapieren und daher auch nicht „ad usucapionem possidere"; deshalb sprechen Florentin und Paulus dem Pfandgläubiger allein den Besitz zu. Daß es sich nicht um eine Kontroverse zwischen

---

[1]) Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart S. 12.

[2]) v. Keller, Pandekten S. 222.

[3]) Baron a. a. O. S. 86.

Paulus und Julianus handelt, ist m. E. auch daraus zu entnehmen, daß der l. 1 § 15 D. 41, 2 zitierte Ausspruch des Julianus in einem Buche des Paulus angeführt wird, und dieser wohl widersprochen hätte, wenn er anderer Meinung gewesen wäre. Die Fragmente von Paulus und Florentin kommen daher hier, wo es sich um die Möglichkeit einer compossessio plurium in solidum handelt, nicht in Betracht.

Was aber besagen nun die vorhin erwähnten Stellen aus den Schriften von Julian und Javolenus?

Kierulff[1]) sagt in seiner „Theorie des gemeinen Civilrechts", man müsse daraus entnehmen, daß sowohl der Faustpfandgläubiger als auch der Verpfänder besitzen, der erstere zum Zwecke „der Sicherung der Forderung", der andere „zum Behufe der Usukapion". Derselben Ansicht ist Witte,[2]) wenn er sagt, daß hier ein Doppelbesitz des Faustpfandgläubigers und Verpfänders angenommen werden muß, auf Grund dieser Erscheinung also eine compossessio plurium insolidum vorhanden ist. Andere Schriftsteller wie Savigny,[3]) Puchta[4]) und Keller[5]) suchen auf dem Wege der Fiktion zu einem richtigen Ziele zu gelangen. Savigny führt dies näher aus; er sagt: „Der Schuldner hat eigentlich gar keinen Besitz, aber es wird in seiner Person eine possessio ad unskapionem fingiert, d. h. er wird, was die Usukapion betrifft, so behandelt, als ob er Besitz hätte, obgleich er denselben nicht hat." Diese Fiktion leitet er aus den Worten „intel-

---

[1]) Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts I S. 369.

[2]) Witte, XV in Bd. 18 der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß S. 253 und 255.

[3]) v. Savigny, Das Recht des Besitzes S. 298.

[4]) Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht I S. 278.

[5]) v. Keller a. a. O. S. 222.

legitur possidere“ (l. 36 D. 41,2) ab; ferner bezeugen dies seiner Ansicht nach der Satz l. 16 D. 41,3: „qui pignori dedit ad usucapionem tantum possidet“ und die Worte „videri eum a debitore possideri, ad usucapionem (l. 1 § 15 D. 41,2). Daß Julianus und Javolenus hierbei wirklich an eine Fiktion des Besitzes des Verpfänders gedacht haben, ist m. E. zu bezweifeln; jedenfalls kann ich es aus dem Fragmente des Javolenus nicht entnehmen. Hier ist doch deutlich ausgesprochen, daß der Verpfänder Besitz habe zum Zwecke der Usukapion. Auch ist aus dem „intellegitur“ der Lex 36 durchaus nicht mit Sicherheit zu schließen, daß es sich um eine Fiktion handelt, denn „intellegere“ wird häufig, wie Scheurl[1]) hervorhebt, auch in anderem Sinne gebraucht, so z. B. l. 1 § 11 D. 43,19. Ich halte somit die Möglichkeit eines fingierten Besitzes des Verpfänders durchaus nicht aus den Quellen für erwiesen. Der Ansicht, daß es sich um keine Fiktion bei den erwähnten Quellenstellen handelt, tritt auch Lenz[2]) bei, doch begründet er seine Meinung auf andere Weise. Er ist der Ansicht, beide Juristen, sowohl Julian als auch Javolenus hätten zwar in l. 36 D. 41,2 und l. 16 D. 41,3 von einem Doppelbesitz des Pfandgläubigers und Verpfänders gesprochen, die Unrichtigkeit ihrer Behauptung aber sofort eingesehen und daher im folgenden Satze berichtigt, indem Javolenus hinzufügt: „quod ad reliquas causas pertinet, qui accepit, possidet“, während Julian sagt „omnino non possidet“. M. E. zeigt aber gerade der von Javolenus hinzugefügte Satz und insbesondere das „reliquas“ causas deutlich, er wolle das Vorausgegangene nicht nur nicht berichtigen, sondern viel-

[1]) v. Scheurl, Weitere Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts II S. 59.

[2]) Lenz, Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen S. 106 ff.

mehr deutlich hervorheben. L. 36 D. 41, 2 will Julian nur zeigen, daß dem Prekaristen der Besitz zukomme, und zwar mit viel größerer Berechtigung als dem Verpfänder; denn der Prekarist hat die Sache wirklich in Händen, während der Verpfänder sie nicht hat; aber Julian will durchaus nicht seine kurz vorher ausgesprochenen Worte, daß der Verpfänder „ad usucapionem possidet", widerrufen. Diese Ansicht hält auch Meischeider[1]) in seinem Werk „Besitz und Besitzschutz" für richtig. Dernburg[2]) spricht dem Pfandgläubiger allein den Besitz zu, läßt aber den Schuldner ausnahmsweise auch ohne Besitz usukapieren; daher könne man auch nicht den Standpunkt vertreten, daß die römischen Juristen einen Solidarbesitz des Verpfänders und Pfandgläubigers angenommen hätten. Dies letztere ist m. E. auch zutreffend, nur kann ich nicht finden, daß in den Quellen etwas von einer Usukapion des Schuldners, ohne daß er Besitzer ist, steht. Ich bin vielmehr der Ansicht, daß die erwähnten Fragmente Julians und Javolenus' deutlich besagen, der Pfandgläubiger hat den Besitz der Sache, der Pfandschuldner besitzt ad usucapionem. Doch wollten die römischen Juristen hiermit nicht etwa eine compossessio plurium in solidum statuieren, sondern sie wollten damit nur die causae possessionis voneinander trennen. Dieser Ansicht ist auch Meischeider,[3]) wenn er sagt:

> „Man fand sich mit der Notwendigkeit, die Usukapion des Verpfänders fortdauern zu lassen, in der Art ab, daß man die rechtlichen Folgen, die ein bestimmter Besitz haben kann, sonderte, indem man

[1]) Meischeider, Besitz und Besitzschutz S. 85.

[2]) Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts II § 86.

[3]) Meischeider a. a. O. S. 85.

die eine, nämlich die Usukapion, beim Verpfänder ließ, und die übrigen — reliquas omnes causas — dem Pfandgläubiger gewährte."

Es handelt sich also bei dem Verhältnis des Faustpfandgläubigers und Verpfänders nicht um einen Solidarbesitz.

2. Precario dans und accipiens.

Ein weiterer Fall, in dem von den römischen wie auch von neueren Juristen ein Solidarbesitz angenommen wird, ist unter der Voraussetzung gegeben, daß die Mitbesitzer der precario dans und accipiens sind. Das Precarium kann nach l. 10 § 1 D. 41, 2 sowohl als juristischer Besitz — ut possideret — als auch als bloße Detention — ut in possessione esset — gegeben werden. Für unsere Besprechung kommt nur der erstere Fall in Betracht; deshalb kann auch über l. 6 § 2 D. 43, 26 hinweggegangen werden, wo Ulpian offenbar von einer Detention spricht, und daher nur dem precario rogatus allein den Besitz zuerkennt.

Über die Besitzverhältnisse des precario dans und accipiens finden wir in den Quellen eine Kontroverse zwischen Sabinus, Trebatius und Pomponius einerseits und Paulus, Celsus, Julian und Ulpian andererseits. Die zuerst genannten Juristen vertraten den Standpunkt, daß es sich bei dem Besitzverhältnis des precario dans und accipiens um einen Solidarbesitz handele, die letzteren sprachen dem precario accipiens allein den Besitz zu. Vor allem kommt für diese Kontoverse l. 3 § 5 D. 41, 2 in Betracht:

> Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris.

Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit, idem Trebatius probabat existimans, posse alium juste, alium injuste possidere: duos injuste, vel duos juste non posse; quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis, an injuste possideat; quod est verius, non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris (Paulus).

In diesem Fragmente behauptet Sabinus, daß sowohl der precario dans als auch der accipiens Besitzer seien, und dieser Meinung schließt sich Trebatius an. Paulus bekämpft diese Ansicht, da eine possessio plurium in solidum ebenso eine tatsächliche wie juristische Unmöglichkeit sei. Witte[1]) stellt nun zwar die Behauptung auf, Paulus greife gar nicht die Meinung des Sabinus an, ja er billige sie sogar vollständig, sein Angriff sei nur gegen die Ansicht des Trebatius vom Solidarbesitz des justus und injustus possessor gerichtet. Er zieht daraus den Schluß, daß ein Solidarbesitz bei dem precario dans und accipiens vorliege, ebenso wie derselbe nach seinem Dafürhalten bei dem Faustpfandgläubiger und Verpfänder bestehe.[2]) Dieser Auffassung Wittes von l. 3

---

[1]) Witte a. a. O. S. 254.

[2]) Daß bei dem precario dans und accipiens Solidarbesitz vorliege, glaubt auch Kierulff (a. a. O. S. 366); er ist der Ansicht, daß der Besitz des Prekaristen ein nur relativer sei, der nur geltend gemacht werden könne gegen alle außer gegen den precario dans und abhängig von dessen Willen sei. Dies ist m. E. unrichtig; denn wenn jemand seinen Willen zu besitzen ganz von einem anderen Willen abhängig macht, dann hat er gar keinen Besitz mehr.

§ 5 D. 41, 2 kann ich durchaus nicht beipflichten. Paulus spricht m. E. die Unrichtigkeit der Ansicht des Sabinus so deutlich aus, daß kaum ein Zweifel darüber herrschen kann, daß er anderer Meinung gewesen ist; am deutlichsten weist darauf der Schluß des Fragments hin: non magis usw.

Daß die römischen Juristen in diesem Punkte verschiedener Ansicht waren, ist im übrigen von Savigny,[1]) Bekker,[2]) Baron[3]) und vielen anderen anerkannt worden.

Die Ansicht des Sabinus teilt nun noch Pomponius; l. 15 § 4 D. 43, 26 sagt er:

Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. An is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est? placet autem, penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset: penes eum qui rogasset, qua possiderat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione.

Pomponius ist demnach der Meinung, daß sowohl der precario dans als auch der accipiens besitzen. Die Gründe, die er dafür anführt, sind durchaus nicht zu billigen, denn „durch corpus wird kein Besitz ergriffen, andererseits gibt es zwar eine possessio solo animo, aber nur bei Grundstücken und Sklaven".[4])

Mit Recht hält daher Savigny[5]) die Aufnahme dieser Stelle von seiten der Kompilatoren Justinians für eine Inkonsequenz, da die Meinung des Pomponius bereits von

---

[1]) v. Savigny a. a. O. S. 176.

[2]) Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern S. 177.

[3]) Baron a. a. O. S. 87.

[4]) Baron a. a. O. S. 89.

[5]) v. Savigny a. a. O. S. 183.

seinen Vorgängern wie von seinen Zeitgenossen als auch von den klassischen Juristen widerlegt ist.

So stellt Celsus l. 5 § 15 D. 13, 6 den Solidarbesitz im allgemeinen als etwas Unmögliches hin, und Julian sagt dies l. 19 D. 43, 26 im besonderen von dem Prekaristen und dem precario accipiens. Dieser Meinung tritt auch Ulpian bei. Daß man seinen Widerspruch gegen den Solidarbesitz nun gerade aus l. 3 pr. D. 43, 17 entnehmen könnte, was Baron[1]) behauptet, ist m. E. zu bezweifeln. Weil Ulpian das Prekarium neben der possessio violenta und claudestina als Beispiele nicht erwähnt habe, halte er auch bei demselben eine possessio plurium in solidum für unmöglich, ist ein ziemlich gewagter Beweis, abgesehen davon, daß über die Auffassung des erwähnten Fragmentes viel Streit herrscht. Dagegen zeigen uns die Meinung Ulpians andere Fragmente erheblich deutlicher. So sagt er l. 17 § 1 D. 41, 2:

„Si quis (igitur) ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restituatur, desinit possidere."

Diesen allgemeinen Satz kann man gut auf das Prekarium anwenden. Ferner zeigt l. 5 § 15 D. 13, 6, daß Ulpian ein Gegner der compossessio plurium in solidum ist. Er zitiert hier nämlich Celsus, der sich für die Unmöglichkeit des Solidarbesitzes ausspricht, und stellt sich damit offenbar auf dessen Standpunkt. Dies ist um so mehr anzunehmen, weil er, wie Savigny[2]) richtig hervorhebt, aus den Worten des Celsus weitere Schlüsse zieht. Schließlich ist das Leugnen des Solidarbesitzes von seiten Ulpians noch aus l. 13 § 7 D. 41, 2 zu entnehmen,

---

[1]) Baron a. a. O. S. 88.

[2]) v. Savigny a. a. O. S. 177.

in der er dem precario dans die accessio possessionis gewährt. Wenn der precario dans Besitz hätte, dann könnte er usukapieren; da er diesen nicht hat, muß ihm die accessio zu Hilfe kommen, damit er durch das Prekarium nicht schlechter gestellt wird. Es wird nun von Witte[1]) hiergegen behauptet, daß diese accessio temporis nicht zum Zwecke der Usukapion gegeben werde, sondern vielmehr zum Zwecke der etwaigen Geltendmachung des interdictum uti possidetis. Dies gehe daraus hervor, daß l. 13 § 7 D. 41, 2 zu l. unde int. utrubi (D. 43, 31) gehöre; denn beide sind dem 72. Buche des Ulpian „ad Edictum" entnommen. Vorausgesetzt nun, daß sich die accessio aus dem eben erwähnten Grunde wirklich nur auf das interdictum utrubi bezieht, so ist auch für diesen Fall kein Grund vorhanden, daß dem precario dans als Besitzer die accessio erteilt wird; denn er würde dann auch ohne diese das interdictum utrubi anstellen können. Auf diesem Standpunkt steht auch Baron[2]) in seinen „Gesamtrechtsverhältnissen".

Zusammenfassend möchte ich bemerken, daß die ältere Auffassung von dem Verhältnis des precario dans und accipiens, die von Sabinus und Trebatius aufgestellt worden ist, Solidarbesitz des precario rogans und rogatus behauptet. Später ist dies widerlegt von Paulus, Celsus, Julian und Ulpian, welche nur dem Prekaristen Besitz zusprechen, da eine possessio plurium in solidum unmöglich ist. Nur durch die Inkonsequenz der Kompilatoren Justinians ist das Fragment des Pomponius (l. 15 § 4 D. 43, 26) in die Pandekten aufgenommen. Es liegt daher bei dem precario dans und accipiens keine possessio plurium in solidum vor.

[1]) Witte a. a. O. S. 254.

[2]) Baron a. a. O. S. 89.

3. Justus und injustus possessor.

Die längste Zeit hat sich wohl die Annahme von der Möglichkeit des Bestehens einer compossessio plurium in solidum erhalten unter der Voraussetzung, daß es sich um zwei Personen handelt, von denen der eine justus, der andere injustus possessor ist. Dieser Fall liegt vor, wenn es sich um einen aus einer Sache Dejizierten und den Dejizienten handelt, ferner um den heimlichen Besitzer und früheren Besitzer und schließlich in dem von Ulpian l. 3 pr. D. 43, 17 konstruierten Beispiel.

In dem bereits häufig zitierten Fragmente l. 3 § 5 D. 41, 2 sagt Trebatius, sowohl der justus wie auch der injustus possessor einer Sache haben Besitz. Daß Trebatius dasselbe, was Sabinus vorher vom precario dans und accipiens ausgesprochen hat, nur wiederholt, wie Meischeider[1]) annimmt, ist m. E. nicht zutreffend. Meischeider meint, daß Sabinus die possessio des Prekaristen hier als eine injusta auffaßt, was dann der Fall ist, wenn der Prekarist auf den Widerruf des precrio rogatus hin die Sache nicht zurückgibt. Vielmehr hat m. E. Sabinus seine Behauptung für den Fall aufgestellt, daß beide, precario dans und accipiens, justi possessores sind, während Trebatius zwar diese Ansicht billigt, aber seinerseits den Satz von dem Besitz des justus und dem des injustus possessor hinzufügt.

Dieser Ansicht des Trebatius tritt Labeo scharf entgegen, da es bei dem Besitz als solchem ganz einerlei sei, wer justus und wer injustus possessor sei: quem reprehendit Labeo: quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat. Labeo erblickt ebenso wie

---

[1]) Meischeider a. a. O. S. 89.

Paulus in den Worten des Trebatius die Konstituierung eines Solidarbesitzes des justus und injustus possessor. Von welchem Gesichtspunkt aus ist nun wohl Trebatius zu der Annahme eines solchen Doppelbesitzes gekommen?

Setzen wir zunächst den Fall, daß jemand mit Gewalt aus dem Besitze einer Sache gesetzt wird, dann ist unzweifelhaft der Dejizient Besitzer, denn er besitzt sowohl corpore wie animo. Zwei Möglichkeiten können nun Trebatius wohl auf den Gedanken gebracht haben, der Dejizierte sei ebenfalls Besitzer. Einmal konnte er das letztere bezüglich der Interdikte behaupten und zweitens hinsichtlich der Usukapion. Wenn er in bezug auf die Interdikte dem mit Gewalt Entsetzten den Besitz zusprach, so mußte er auf dem Standpunkte derjenigen gestanden haben, die die rekuperatorische Wirkung des interdictum uti possidetis anerkannten. Der ganze Streit zwischen Trebatius einerseits und Paulus und Labeo andererseits betreffend die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der compossessio plurium in solidum hat wahrscheinlich seinen Grund in dem Streit über die rekuperatorische Wirkung des interdictum uti possidetis gehabt.[1]) Der justus possessor, der aus seinem Besitz entsetzt war, konnte selbstverständlich das interdictum uti possidetis nicht anstellen, denn er hatte nicht mehr die tatsächliche Gewalt über die Sache; der Besitz derselben konnte somit nicht gestört werden, da er ihn gar nicht hatte. Dagegen war der injustus possessor berechtigt, das interdictum uti possidetis anzustellen, sobald ihn jemand in seinem Besitz störte. Nur drang er damit nicht gegen denjenigen durch, den er dejiziert hatte. Steht man nun auf dem Standpunkte der rekuperatorischen Wirkung

[1]) vgl. Meischeider a. a. O. S. 87.

dieses Interdiktes, so mußte, falls der injustus possessor gegen den justus mit dem interdictum uti possidetis vorging, dem justus, der die exceptio vitiosae possessionis anstellte, im judicium der Besitz zugesprochen werden. Insofern konnte also Trebatius sagen, daß der justus possessor gegenüber dem injustus Besitz habe.

Auf den Streit über die rekuperatorische Wirkung des interdictum uti possidetis hier näher einzugehen, würde zu weit führen. Ich möchte nur erwähnen, daß derselbe wahrscheinlich schon in Rom von Bedeutung gewesen ist und sich bis auf die neueste Zeit fortgesetzt hat. So stehen beispielsweise Savigny,[1]) Keller[2]) und Arndts[3]) auf dem Standpunkte der rekuperatorischen Wirkung, während Dernburg,[4]) Windscheid[5]) und Brinz[6]) die entgegengesetzte Ansicht vertreten.

Trebatius kann nun aber auch bei Aufstellung seiner Behauptung an die Usukapion des justus possessor gedacht haben, was von Witte[7]) und Ubbelohde[8]) behauptet wird. Ich halte dies jedoch nicht für richtig, sondern schließe mich der Meinung Savignys[9]) an, welcher die Usukapion des

---

[1]) v. Savigny a. a. O. S. 404ff.

[2]) Keller IX in Bd. 11 der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft S. 321ff.

[3]) Arndts, Lehrbuch der Pandekten § 172 Note 2.

[4]) Dernburg in Pözl, Vierteljahrsschrift Bd. 5 S. 520.

[5]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 § 159 Note 10.

[6]) Brinz, Lehrbuch der Pandekten I S. 82.

[7]) Witte a. a. O. S. 252.

[8]) Ubbelohde, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld, Serie 40—43 2. Teil S. 187.

[9]) v. Savigny a. a. O. S. 180.

Dejizierten für unmöglich hält, weil von derselben nichts in den Pandekten enthalten ist, ja sogar das Gegenteil davon l. 5 D. 41, 3 steht.

Außer Trebatius waren die römischen Juristen alle einig darüber, daß der Dejizient Besitzer, der Dejizierte Nichtbesitzer sei. Das einzige Fragment, das noch Anstoß erregen könnte, ist das von Vivianus l. 1 § 45 D. 43, 16:

Non alii autem, quam ei qui (non) possidet, interdictum unde vi competere, argumentum praebet, quod apud Vivianum relatum est, si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto experiri, quia per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt.

Doch hier wird durch die Ergänzung des „non“ zwischen qui und possidet, das allein den richtigen Sinn der Stelle ergibt, und das auch nach Savigny[1]) in den meisten Handschriften hinzugefügt ist, jeder Zweifel behoben.

Bisher haben wir davon gesprochen, daß jemand den Besitzer einer Sache mit Gewalt entsetzt hat; wir kommen jetzt zu dem Falle, daß eine Sache heimlich okkupiert wird.

Während es sich bei der heimlichen Okkupation von beweglichen Sachen gerade so verhält, wie bei der gewaltsamen Inbesitznahme, machen die Quellen für den Fall, daß es sich um Grundstücke handelt, eine Ausnahme. Diese Ausnahme hat dazu geführt, daß man nicht allein auf Grund der vorhin erwähnten Ansicht des Trebatius sondern auch auf Grund anderer Fragmente zu der Annahme eines Solidarbesitzes des justus und claudestinus possessor gekommen ist.

In den Quellen findet sich zunächst eine Stelle des Papinian l. 46 D. 41, 2, in welcher es heißt, daß der Be-

---

[1]) v. Savigny a. a. O. S. 178 Anm. 2.

sitzer einer Viehweide (also eines Grundstückes) im Besitz derselben bleibt, auch wenn während seiner Abwesenheit ein anderer dieselbe heimlich okkupiert hat. Ebenso spricht Paulus l. 7 D. 41, 2 dem Abwesenden trotz Okkupation den Besitz zu. Ferner kommt noch ein Fragment des Celsus l. 18 § 3 und 3 D. 41, 2 in Betracht:

Si dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, non desiisse ilico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus simul sciero. Rursus si cum magna vi ingressus est exercitus, eum tantummodo partem, quam intraverit, obtinet.

Baron[1]) ist zwar der Ansicht, daß dies Fragment nicht hierher gehört, da es sich nicht um einen Abwesenden handelt, sondern der Besitzer nur in alia parte fundi sich befindet. M. E. kommt es hierauf gar nicht an; das Wesentliche ist, daß der andere clam in das Besitztum eindringt, und daß trotz dieses Eindringens der Besitz nicht verloren geht. Der Ansicht des Celsus ist auch Pomponius l. 25 § 2 D. 41, 2; obwohl er sie als bestritten hinstellt, schließt er sich doch der Meinung derjenigen an, welche den Besitz des Abwesenden gegenüber dem heimlichen Okkupanten fortdauern lassen.

Die erwähnten Quellenstellen stimmen also darin überein, daß der Besitz eines Grundstückes, obwohl ein anderer dasselbe heimlich okkupiert hat, nicht verloren geht. Savigny[2]) bezeichnet dies mit Recht als eine merkwürdige Ausnahme. Die Regel ist, daß der Besitz corpore et animo erworben

---

[1]) Baron a. a. O. S. 93.

[2]) Savigny a. a. O. S. 348.

wird, corpore vel animo verloren geht. Bei Grundstücken verliert man jedoch nicht den Besitz dadurch, daß ein anderer, während man abwesend ist, heimlich eine Okkupation[1]) vornimmt, „wenn nur nicht die Möglichkeit willkürlicher Einwirkung aufgehoben ist. Tritt also zu der Abwesenheit noch etwas anderes hinzu, was jene Möglichkeit in der Tat aufhebt, so müßte, wenn jene Regel rein angewendet werden soll, der Verlust des Besitzes allgemein behauptet werden". Lenz[2]) bestreitet nun, daß es sich hier um eine Ausnahme handelt. Er begründet dies damit: „der Grundbesitz, der animo erworben wird, wird auch animo retiniert und kann nur animo verloren gehen". Diese neue Theorie, mit der Lenz einzig dasteht, und von der sich Andeutungen, wie er selbst sagt, nur bei Kierulff[3]) finden, ist wohl als unrichtig anzusehen, denn in den Quellen ist gerade das Gegenteil erwähnt; so bestätigen l. 44 § 2, l. 47 D. 41, 2 und l. 3 § 6 D. 41, 2 Papinian und Paulus, daß der Grundstückserwerb sich grundsätzlich nur animo et corpore, der Verlust animo vel corpore vollzieht. Die eigenartige Auffassung Lenz' ist, wie Rudorff[4]) sagt, wohl allein „auf seine spiritualistische Besitztheorie" zurückzuführen.

Die bisher erwähnten Quellenstellen zeigen deutlich, daß derjenige, dessen Grundstück heimlich okkupiert wird, doch Besitzer bleibt. Dies ist auch mit Ausnahme von Baron, der das Fragment des Celsus, wie wir bereits gesagt haben, als nicht hierher gehörend betrachtet, allgemein anerkannt.

[1]) v. Savigny a. a. O. S. 347.

[2]) Lenz a. a. O. S. 242.

[3]) Kierulff a. a. O. S. 393ff.

[4]) Rudorff, Anhang zu v. Savigny, Das Recht des Besitzes Nr. 110.

Wie kommt man aber nun zu der Annahme, daß auch der heimliche Okkupant Besitzer ist?

Die hauptsächlichste Veranlassung zu der Behauptung, daß eine compossessio plurium in solidum des justus und claudestinus possessor vorhanden sei, hat ein Fragment des Ulpian l. 6 § 1 D. 41, 2 gegeben:

Qui ad nundinas profectus, neminem reliquerit, et dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri cum clam possidere, Labeo scribit. Retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit. Verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam.

Labeo schreibt hier also, daß derjenige, welcher heimlich in Abwesenheit des Besitzers ein Grundstück okkupiert hat, „heimlich besitze". Hieraus zieht Ulpian den Schluß, indem er mit dem Worte „ergo" anknüpft, daß der Zurückkehrende seinen Besitz retinieren könne. Über diese Pandektenstelle herrscht viel Streit. Savigny[1]) ist der Ansicht, daß die Behauptung, die Labeo aufstellt, daß der heimliche Okkupant Besitzer sei, ursprünglich als richtig anerkannt, später aber geändert sei, und Ulpian deshalb den Labeo berichtigen wolle, indem er erklärt, daß der Abwesende allein besitze; dieser könne daher auch das interdictum retinendae possessionis anstellen und verliere seinen Besitz erst dann, wenn er ihm bei seiner Rückkehr nicht freiwillig wieder eingeräumt wird.

Witte[2]) entgegnet darauf, daß aus dieser Stelle deutlich der Besitz des Okkupanten hervorgehe, Savigny habe sein Resultat nur durch eine falsche Auslegung des Wortes

---

[1]) v. Savigny a. a. O. S. 352 Anm. 4.

[2]) Witte a. a. O. S. 258.

„ergo“ und ferner dadurch erreicht, daß er zu schlecht beglaubigten Lesarten seine Zuflucht genommen habe. Witte kommt dann in seiner weiteren Begründung zu dem Schlusse, daß hier ein Doppelbesitz, eine compossessio plurium in solidum vorliege, und zwar handele es sich um eine Teilung des Besitzes zum Zwecke der Usukapion für den Abwesenden und zum Zwecke der Interdikte für den Okkupanten. Doch hiervon ist, wie Baron[1]) richtig anführt, in den Quellen nichts enthalten. Trotzdem steht aber Baron[2]) in diesem Falle auf dem Standpunkt, daß hier eine compossessio plurium in solidum bestehe; er stimmt mit Witte darin überein, daß Savigny die vorhin zitierte Lex falsch interpretiert habe.

Ob Savigny zu der Änderung des Textes berechtigt gewesen ist, will ich dahingestellt sein lassen; m. E. scheint es aber auch, als ob er in seiner Auslegung zu weit gegangen und aus den Worten Ulpians mehr geschlossen hat, als in Wirklichkeit darin enthalten ist.

Ich möchte versuchen, die Stelle auf folgende Weise zu erklären:

In der ganzen Lex 6 will m. E. Ulpian klarstellen, in welchen Fällen man von einer heimlichen Inbesitznahme im Gegensatz zu einer gewaltsamen Okkupation sprechen kann. Dies erläutert er des näheren im § 1 an einem Beispiel, welches er einer Schrift des Labeo entnommen hat. Er will damit nur zeigen, daß hier eine heimliche Inbesitznahme vorliegt; daher stößt er sich auch nicht an den Worten „clam possidere“ des Labeo, sondern ihm kommt es nur darauf an, klar zu legen, daß man hier offenbar von

[1]) Baron a. a. O. S. 90.

[2]) Baron a. a. O. S. 92.

einer heimlichen und nicht von einer mit Gewalt erreichten Okkupation sprechen muß. Ulpian nimmt natürlich an, daß der claudestinus possessor, auch wenn Labeo die Worte clam possidere gebracht, niemals wirklicher Besitzer ist, sondern er steht auf dem in der damaligen Zeit durchaus unbestrittenen Standpunkt (vgl. die früher zitierten Fragmente des Celsus, Pomponius, Papinian und Paulus S. 18—19), daß der Abwesende trotz heimlicher Okkupation in seinem Besitz allein verbleibt. Deshalb kann Ulpian auch mit den Worten „ergo retinet“ anknüpfen und damit dem Zurückkehrenden das Recht geben, als alleiniger Besitzer das interdictum uti possidetis zum Schutze seines Grundstückes anzustellen.

Wir kommen damit zu dem Ergebnisse, daß bei dem Verhältnisse des heimlichen Okkupanten eines Grundstücks zum justus possessor der letztere gegen die Regel solo animo besitzt, während der heimliche Okkupant Nichtbesitzer ist. Daher kann man hier nicht von einer compossessio plurium in solidum sprechen.

Schließlich müssen wir noch auf den von Ulpian konstruierten Fall l. 3 pr. D. 43,17 eingehen, den wir bereits zu Beginn dieses Abschnitts erwähnt haben:

Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum: quod qualiter procedat, tractemus. Si quis proponeret possessionem justam, et injustam; ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto; si vero non a me neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego.

Ulpian behandelt hier den Streit zwischen einem justus possessor, der von einem anderen aus dem Besitz gesetzt ist, und einem injustus, der den ersten injustus wieder aus dem

Besitz gesetzt hat. Daß l. 3 pr. h. t. in diesem Sinne, und nicht wie Ubbelohde[1]) es annimmt, aufzufassen ist, wird allgemein anerkannt. Ubbelohde[2]) und ebenso Kniep[3]) sind nun der Ansicht, daß Ulpian in diesem Falle Solidarbesitz des justus und des letzten injustus angenommen habe. M. E. ist dies schon aus dem Grunde, daß man annehmen muß, Ulpian werde sich nicht widersprechen, zurückzuweisen; denn l. 5 § 15 D. 13, 6 stimmt er der Ansicht des Celsus von der Unmöglichkeit der compossessio plurium in solidum bei. Vielmehr halte ich es für richtig, daß Ulpian hier nur die Meinung derjenigen ad absurdum führen will, die etwa in dem vorliegenden Falle eine compossessio plurium in solidum annehmen würden. Ob er damit gerade die Ansicht des Trebatius l. 3 § 5 D. 41, 2 bekämpfen will, wie Savigny[4]) meint, ist zwar nicht erwiesen, wenn auch als wahrscheinlich anzunehmen. Ulpian will hier den Beweis erbringen, daß, wenn man die possessio justa neben der injusta bestehen ließe, man dies auch dann tun müsse, wenn ein Dritter die Sache in Besitz nehme; in diesem Falle könnten beide wohl gegeneinander klagen, aber keiner würde obsiegen. Dieselbe Auffassung von diesem Fragmente hat neben Savigny[5]) auch Meischeider,[6]) und ferner finden wir sie bei Vangerow[7]) und Wendt[8]) vertreten.

---

[1]) Ubbelohde a. a. O. S. 193.

[2]) Ubbelohde a. a. O. S. 191 ff.

[3]) Kniep, Vacua possessio 1. Bd. S. 183 ff.

[4]) v. Savigny a. a. O. S. 181.

[5]) v. Savigny a. a. O. S. 182.

[6]) Meischeider a. a. O. S. 91.

[7]) v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten Bd. 1 S. 412.

[8]) Wendt, Das Faustrecht oder Besitzverteidigung und Besitzverfolgung S. 165 Anm. 15.

Zweiter Abschnitt.

§ 4.

Compossessio pro partibus divisis.

Bisher haben wir den Nachweis zu erbringen versucht, daß mehrere Personen eine Sache unmöglich ganz und ungeteilt besitzen können. Dagegen ist es wohl denkbar, daß der Besitz einer Sache geteilt mehreren zustehen kann.

Die römischen Rechtsquellen kennen zwei Arten dieses Besitzes, den zu reellen und den zu ideellen Teilen (possessio pro partibus divisis und possessio pro partibus indivisis). Dies wird klar und deutlich l. 1 § 7 D. 43, 17 ausgesprochen:

> hoc interdictum (nämlich uti possidetis) locum habet, sive quis totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte sive pro indiviso possideat.

Das Wesen des Besitzes reeller Teile einer Sache wird von Miescher[1]) sehr treffend dadurch bezeichnet, daß er sagt: „Bei den partes pro divisis sind die Teile wirklich, das Ganze gedacht." Es handelt sich hier also um den Besitz ganz genau bestimmter reeller Teile, von denen jeder einzelne für sich ein selbständiges Ganzes bildet. Die Teile stehen tatsächlich in keinem Zusammenhang, sondern dieser ist nur ein scheinbarer.

Ein solcher Besitz pro diviso ist, wie aus den Quellen hervorgeht, nur an Grundstücken möglich. Wächter[2]) ist allerdings der Ansicht, daß der Besitz einer Sache zu reellen Teilen auch bei beweglichen Sachen möglich sei, indem er

[1]) Miescher V in Bd. 59 Neue Folge des Archivs für civilistische Praxis S. 153.

[2]) Wächter VII in Bd. 27 des Archivs für civilistische Praxis S. 179.

sich auf l. 5 § D. 6, 1, l. 12 § 1 und l. 27 § 2 D. 41, 2 beruft. Er hat jedoch nicht beachtet, wie ihm Unger[1]) nachweist, daß es sich bei diesem Fragmente um einen ganz anderen Fall handelt; hier werden nämlich nicht vereinte Sachen getrennt, sondern es werden getrennte Sachen vereint, und es bleibt dann das Eigentum an jeder einzelnen Sache bestehen. Im übrigen herrscht bei allen Schriftstellern Einigkeit darüber, daß der Besitz einer Sache zu reellen Teilen nur an Grundstücken möglich ist. Von jedem Besitzer muß vorausgesetzt werden, daß er seinen Willen darauf richtet, den ganz bestimmten reellen Teil des Grundstücks zu besitzen, wie dies l. 26 D. 41, 2 deutlich ausspricht:

> locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest.

Diesen geschilderten Besitz reeller Teile eines Grundstücks nun als „Mitbesitz“ zu bezeichnen, wie einige Schriftsteller tun,[2]) erscheint nicht angängig. Denn jeder Besitzer besitzt ja nur seinen reellen Teil, die übrigen Teile dagegen gar nicht; durch die reelle Teilung hat sich die eine Sache in mehrere neue verwandelt. Dasjenige, was die Besitzer der einzelnen Teile noch miteinander verbindet, ist nicht die gemeinsame tatsächliche Gewalt an der Sache — diese steht jedem nur an seinem Teile zu —, sondern einzig und allein der Begriff oder der Name, mit dem die ganze Sache noch bezeichnet wird. Das Ganze ist eben nur „in der Vorstellung“ vorhanden. Daher ist auch eine tatsächliche Gewalt an diesem gedachten Ganzen unmöglich.

---

[1]) Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts 1. Bd. S. 415 Anm. 19.

[2]) Wächter a. a. O. S. 179; Unger a. a. O. S. 415; Randa a. a. O. S. 157.

Die römischen Quellen enthalten ebenfalls keinen Beleg dafür, daß der Besitz reeller Teile einer Sache als Mitbesitz zu bezeichnen ist. Dasjenige, was die vorhin genannten Autoren wohl dazu gebracht hat, hier einen Mitbesitz als bestehend anzunehmen, mag wohl die Zusammenstellung dieses Besitzes mit dem einer Sache pro indiviso gewesen sein, welchen wir, wie wir im folgenden sehen werden, als den Mitbesitz des gemeinen Rechtes bezeichnen müssen.

Die herrschende Meinung erkennt ebenfalls den Besitz einer Sache zu reellen Teilen nicht als Mitbesitz an.

Dritter Abschnitt.

Compossessio pro partibus indivisis.

§ 5.

Möglichkeit des Mitbesitzes zu ideellen Teilen bei Einstimmigkeit der einzelnen Besitzer.

Als die einzige Art des Mitbesitzes im gemeinen Rechte müssen wir die compossessio pro partibus indivisis bezeichnen. Während bei dem Besitz von reellen Teilen einer Sache „die Teile wirklich“ sind und „das Ganze gedacht“ erscheint, ist bei dem Mitbesitz zu ideellen Teilen gerade das Entgegengesetzte der Fall; hier ist „das Ganze wirklich und die Teile sind nur in der Vorstellung vorhanden“.[1]) Ähnlich spricht dies l. 5 D. 45, 3 aus:

servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus: sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore.

[1]) Miescher a. a. O. S. 153.

Savigny[1]) sucht das Wesen des Mitbesitzes zu ideellen Teilen auf andere Weise zu erklären; er sagt, daß „hier jeder einen Teil der Sache allein besitzt, die übrigen Teile gar nicht, und daß diese Teile nicht reell, sondern ideell von einander abgesondert sind, macht juristisch betrachtet keinen Unterschied. Jeder besitzt also eine Sache für sich, und sie stehen zu einander ungefähr in dem Verhältnis, wie die Besitzer zweier benachbarter Häuser".

Mit Recht wird diese Ansicht von Büff[2]) widerlegt, der nachweist, daß dies zwar bei dem Besitz von reellen Teilen einer Sache richtig, bei dem Mitbesitz zu ideellen Teilen aber unmöglich ist, „man könne in letzterem Falle überhaupt nicht von einem geteilten Besitze, sondern nur von geteilten Folgen des Besitzes reden".[3]) Daran anschließend kommt Büff zu dem Resultate, daß es in Wahrheit überhaupt gar keinen Mitbesitz zu ideellen Teilen gäbe, sondern daß man denselben nur fingieren könne[4]): „Der Mitbesitz zu ideellen Teilen ist ein der causa possessionis nicht seiner Bedeutung als tatsächlicher Herrschaft angehöriger Begriff." „Mitbesitz[5]) ist hiernach nicht anders als wie als Ausübung eines konkreten Miteigentums, und unabhängig gar nicht zu denken."

Diese Auffassung ist als unrichtig zu bezeichnen. Von den verschiedensten Seiten sind mit Recht gegen dieselbe Einsprüche erhoben worden. Eine sehr zutreffende Wider-

---

[1]) v. Savigny a. a. O. S. 171.

[2]) Büff VI in Bd. 3 Neue Folge des Archivs für praktische Rechtswissenschaft S. 114.

[3]) Büff a. a. O. S. 116.

[4]) Büff a. a. O. S. 118.

[5]) Büff a. a. O. S. 119.

legung der Ansicht Büffs findet sich bei Hesse.[1]) Er bezweifelt, daß der Mitbesitz im Eigentumsrechte aufgehe und aus der Sphäre des wahren Besitzes ganz auszuscheiden sei. Die römischen Juristen trennen im Gegenteil ausdrücklich Mitbesitz und Miteigentum, wie aus l. 30 D. 10, 3 deutlich hervorgeht:

Communi dividundo judicio recte agi, sive neuter possideat, sive alter sociorum fundi non possideat.

Miescher[2]) wirft in seiner Polemik gegen Büff sehr richtig die Frage auf, „was haben denn praedones, welche gemeinschaftlich den Eigentümer dejiziert, wenn sie keinen Mitbesitz haben?“ und führt hiermit die Ansicht Büffs ad absurdum.

Auch nach der Ansicht von Lenz[3]) müßte man den Mitbesitz zu ideellen Teilen leugnen, wenn man wie er den Besitz als ein Recht auffaßt. Er meint, „bisher habe noch keiner begriffen, was Mitbesitz sei, und wenn man ihn wie Kierulff[4]) als ‚die geteilte faktische Herrschaft‘ an derselben Sache bezeichnen wolle, so reihe man drei Worte aneinander, die sich gegenseitig widersprechen“. Eine „geteilte faktische Herrschaft“ an derselben Sache ist in Wahrheit allerdings schlecht denkbar, denn dann müßte jede von seiten der Mitbesitzer vorgenommene Handlung teilbar sein, und das ließe sich nicht durchführen. Daher nimmt Miescher[5]) richtig an, daß die Herrschaft nicht in Wirklichkeit geteilt

---

[1]) Hesse IV in Bd. 4 Neue Folge des Archivs für praktische Rechtswissenschaft S. 117.

[2]) Miescher a. a. O. S. 157.

[3]) Lenz a. a. O. S. 94/95.

[4]) Kierulff a. a. O. S. 364.

[5]) Miescher a. a. O. S. 165.

ist, sondern daß man sie sich nur geteilt vorstellen muß. Diese fingierte geteilte Herrschaft wird dadurch zu einer gemeinsamen Herrschaft,[1]) daß „der Wille jedes einzelnen mit dem der anderen vollständig parallel läuft und sich deckt, mit anderen Worten dadurch, daß Einstimmigkeit herrscht". Diese Einstimmigkeit der Mitbesitzer ist die grundlegende Voraussetzung für den Mitbesitz zu ideellen Teilen. Wo diese nicht herrscht, wo also der Wille des einen Mitbesitzes den des anderen schneidet, um in dem von Miescher vorher erwähnten Bilde zu bleiben, da besteht kein Mitbesitz. Ja es entsteht selbst kein Besitz des einzelnen an der ganzen Sache, falls Streit über die Herrschaft vorhanden ist. Erst nachdem einer der Streitenden die tatsächliche Gewalt für sich allein erlangt hat, entsteht Besitz, oder falls sich die streitenden Parteien geeinigt haben, kann man von einem Mitbesitze reden. Was für eigenartige Resultate, wenn man das Erfordernis der Einstimmigkeit streng durchführt, sich ergeben können, zeigt jener bekannte Walfischfall aus Jherings[2]) Civilrechtsfällen.

§ 6.

Die Mitbesitzer können sowohl juristische Besitzer als auch Detentoren sein.

Wenn wir nun nachgewiesen haben, daß mehrere Personen Mitbesitz zu ideellen Teilen haben können, und zwar unter der Voraussetzung, daß Einstimmigkeit zwischen ihnen herrscht, so fragt es sich jetzt weiter, können diese Personen

[1]) Miescher S. 166.

[2]) v. Jhering, Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen S. 138.

Repräsentanten der beiden Gattungen des Besitzes sein, welche nach gemeinem Rechte unterschieden werden, der possessio und der detentio? Darüber, daß der juristische Besitz mehreren zu ideellen Teilen zustehen kann, herrscht kein Streit. Die Quellen zeigen deutlich die Teilbarkeit desselben, wenn sie l. 26 D. 41, 2 von „tradere“ und „capere partem“ reden. Dagegen wird von Ubbelohde[1]) und Eck[2]) behauptet, daß nur der juristische Besitz teilbar, die Detention aber unteilbar sei.

Ubbelohde[3]) macht hiervon nur eine Ausnahme beim usufructus, den er für teilbar erklärt, und Scheurl,[4]) der ebenfalls auf dem Standpunkte steht, daß es eine Detention einer Sache von seiten mehrerer Personen grundsätzlich nicht gibt, fügt dieser Ausnahme noch die Detention von Mitpächtern und Detention verschiedener Güterverwalter von Miteigentümern hinzu. Ubbelohde begründet seine Ansicht mit Zuhilfenahme von l. 3 § 5 D. 41, 2, die jedoch nur von der compossessio plurium in solidum spricht und daher hier nicht am Platze ist. Ferner bezeugt nach seiner Meinung, auf der auch Eck[5]) seine Behauptung aufbaut, l. 5 § 11 D. 36, 4 die Unteilbarkeit der Detention:

Si ex duobus heredibus alter satisdare sit paratus, alter non, in partem eius missio locum utique habere debet. Missi itaque legatarii impedient etiam eum, qui satisdet rei admistra-

---

[1]) Ubbelohde, Die Lehre von den unteilbaren Obligationen S. 4 Anm. 2 u. S. 6.

[2]) Eck, Die sogen. doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts S. 125 Anm. 453.

[3]) Ubbelohde, Die Lehre von den unteilbaren Obligationen S. 13.

[4]) v. Scheurl a. a. O. Bd. 1 S. 40.

[5]) Eck a. a. O. S. 125 Anm. 453.

tione; quare suadendum erit heredi ut in assem satisdet, ne administratio eius impediatur.

Doch hier ist nur die Verwaltung, falls ein Miterbe nicht Sicherheit leistet, geregelt, dagegen haben die Besitzverhältnisse sich damit nicht geändert; die Besitzstellung des Verwalters geht aus l. 5 pr. D. 36, 4 — „simul cum eo possidere“ — deutlich hervor, und es fehlt daher jeglicher Beweis dafür, daß die Detentoren l. 5 § 11 D. 36, 4 keinen Mitbesitz haben können.

M. E. ist der Standpunkt Savignys,[1]) der jeden Besitz für teilbar erklärt, richtig.

Man muß hier, wie Steinlechner[2]) dies richtig tut, davon ausgehen, daß „die Grundlage allen Besitzes die Innehabung ist. Der Unterschied zwischen juristischem Besitze und Innehabung kann nur in der Willensrichtung liegen“. Wenn nun auch die Detentoren einen anderen Willen haben, als die juristischen Besitzer, so wird man ihnen doch den Willen überhaupt nicht abstreiten können. Folglich können die Willensrichtungen verschiedener Personen wohl darin übereinstimmen, daß sie eine Sache gemeinsam als Detentoren innehaben. Steinlechner,[3]) der auch diesen Standpunkt vertritt, spricht hier von einer „Teilung des Willens“ der Mitbesitzer. Der Wille, eine Sache zu besitzen, aber läßt sich nicht teilen, sondern es handelt sich hier, wie wir schon früher ausgeführt haben, nur um ein gleichmäßiges paralleles Nebeneinanderbestehen der Willensrichtungen der einzelnen Personen.

---

[1]) v. Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts Bd. 1 S. 317.

[2]) Steinlechner a. a. O. II S. 7.

[3]) Steinlechner a. a. O. II S. 8; ebenso Randa a. a. O. S. 166.

Wir kommen also zu dem Schlusse, welche Ansicht außer den bisher Genannten auch Wächter[1]) vertritt, daß sowohl die juristischen Besitzer als auch die Detentoren Mitbesitz zu ideellen Teilen haben können.

§ 7.

Der Wille der Mitbesitzer muß auf eine bestimmte Quote gerichtet sein.

Eine weitere Frage ist nun, ob die Mitbesitzer das Bewußtsein von der Größe ihrer Quote haben müssen, oder ob der Besitz einer incerta pars zur compossessio pro partibus indivisis hinreicht.

In den Quellen finden wir hierüber folgendes:

l. 3 § 2 D. 41, 2: Incertam partem possidere nemo potest veluti si hac mente sis, ut, quidquit Titius possidet, tu quoque velis possidere (Paulus).

l. 26 D. 41, 2: Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest, et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emtione, vel ex donatione vel qualibet alia ex causa. Incerta autem pars nec tradi nec capi potest, veluti si ita tibi tradam, quidquid mei juris in eo fundo est; nam qui ignorat, nec tradere, nec accipere id quod incertum est, potest (Pomponius).

l. 32 § 2 D. 41, 3: Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam, quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere, Labeo scribit (Pomponius).

---

[1]) Wächter a. a. O. S. 187.

Aus l. 3 § 2 und l. 26 D. 41, 2 geht deutlich hervor, daß derjenige, der einen Teil einer Sache, sei es einen reellen oder einen ideellen, besitzen will, das Bewußtsein von der Größe seiner Quote haben muß. Auch l. 32 § 2 D. 41, 3 beginnt mit denselben Worten. Wir können also nach diesen drei Fragmenten — l. 20 § 1 D. 11, 1 enthält im übrigen denselben Gedanken — als Regel aufstellen: Nemo potest possidere incertam partem.

Was aber bedeutet der zweite Satz der Lex 32 § 2? Durch die Worte „mera subtilitate" ist dieses Fragment zu einem der umstrittensten in den Digesten geworden. Pomponius nimmt in ihm eine Stelle aus Labeos Schriften auf, in der dieser über einen Rechtsfall spricht. Es handelt sich darum, daß mehrere Personen zusammen ein Grundstück zu besitzen willens sind, aber keiner die Quote kennt, die er von dem Grundstück besitzen will. Es ist hier, wie Savigny[1]) richtig feststellt, wohl an den Fall zu denken, daß mehrere ein Grundstück okkupieren, oder auch, daß sie es, was wohl näher liegt, auf Grund eines Rechtstitels erwerben; Savigny führt hier den Fall der Beerbung an, der wohl auch dem Labeo vorgeschwebt haben mag. Keineswegs ist aber der Fall der Okkupation als undenkbar abzuweisen, wie dies Steinlechner[2]) tut. Wenn er meint, es müsse bei einer Okkupation von mehreren entweder Willensübereinstimmung in bezug auf die Anteile oder aber Streit über dieselben herrschen, so ist das m. E. nicht richtig. Es läßt sich sehr wohl der Fall denken, daß mehrere Personen ein Grundstück okkupieren und den gemeinsamen Willen haben, dasselbe zu besitzen, aber über die Grenzen ihres ideellen Teils im un-

[1]) Savigny a. a. O. S. 262 Anm. 4.

[2]) Steinlechner a. a. O. II S. 19.

klaren sind, z. B. es werden von zwei voneinander unabhängigen wissenschaftlichen Exkursionen im Gebirge zu gleicher Zeit dieselben Kohlenlager entdeckt. Damit ihnen kein anderer bei der Besitzergreifung zuvorkommt, okkupieren sie dieselben einstweilen gemeinsam, ohne sich jedoch klar darüber zu sein, welcher Anteil an den Kohlen einem jeden von ihnen zukommt.

Welche Entscheidung fällt nun aber Labeo über den erwähnten Fall, und wie verhält sich Pomponius zu diesem Ausspruche Labeos?

Ich möchte die letzte Frage vorweg beantworten, und zwar geht man m. E. nicht davon aus, daß man feststellt, ob „mera subtilitate" zu „Labeo ait" gehört oder zu „possidere"; denn wegen der Verschiedenartigkeit der Übersetzung von „mera subtilitate" wird doch, auch wenn man sich zu einer dieser Ansichten bekennt, noch nicht festgestellt, welcher Meinung Pomponius wirklich gewesen ist. Man muß vielmehr, wie Steinlechner[1]) dies richtig erkannt hat, den Zusammenhang der ganzen Stelle im Auge behalten. Pomponius stellt den Satz auf: „nemo incertam partem possidere potest" und fährt fort mit den Worten: „ideo Labeo scribit"; er muß also derselben Meinung sein wie Labeo, denn sonst hätte er keinesfalls „ebenso", sondern, wie Steinlechner[2]) bemerkt, vielleicht „sed — Labeo scribit" gesagt. Aus diesem Grunde sind auch alle die Meinungen zu verwerfen, die „mera subtilitate" mit „aus Spitzfindigkeit" übersetzen, wie Savigny,[3]) Windscheid[4]) und Puchta.[5]) Denn Pomponius wird

[1]) Steinlechner a. a. O. II S. 20.

[2]) Steinlechner a. a. O. II S. 20.

[3]) v. Savigny a. a. O. S. 262.

[4]) Windscheid a. a. O. S. 666 Anm. 12.

[5]) Puchta a. a. O. S. 486.

keinesfalls, wenn er derselben Ansicht wie Labeo ist, dessen Meinung als spitzfindig bezeichnen. Die Genannten beziehen, was wohl kaum anzunehmen ist und jedenfalls der natürlichen Wortstellung widerspricht, „mera subtilitate“ zu „Labeo ait“ und kommen dann zu der Auffassung, Pomponius tadele die Anwendung der Regel „incertam partem nemo possidere potest“ seitens des Labeo auf den vorliegenden Fall als Spitzfindigkeit. Denn man müsse hier eine Ausnahme machen und, trotzdem der Wille der einzelnen noch nicht auf eine bestimmte Quote gerichtet sei, ihnen doch in der Gesamtheit Besitzschutz angedeihen lassen. So gibt Savigny[1]) ihnen die Interdikte gemeinschaftlich, indem er der Ansicht ist, daß man, obwohl die einzelnen Personen sich noch nicht über die ihnen zukommenden Quoten geeinigt hätten, es so ansehen müsse, als ob sie Mitbesitzer zu ideellen Anteilen wären.

Puchta,[2]) der ungefähr denselben Standpunkt einnimmt, meint, daß Labeo aus dem allgemein feststehenden Satze, daß niemand eine incerta pars besitzen könne, den falschen Schluß gezogen habe, es seien alle Nichtbesitzer. Aus dem Prinzipe folge vielmehr, man könne keinen als Besitzer zu einem ideellen Anteile bezeichnen. Dagegen seien sie in ihrer Gesamtheit als Mitbesitzer aufzufassen. Windscheid[3]) hat auf dieser Ansicht basierend weiter ausgeführt, daß der Wille nur dann auf einen bestimmten Teil gerichtet sein müsse, wenn jemand allein und nicht mit einem anderen zusammen den Besitz eines Anteils will. Dann besitze der einzelne allerdings nicht; denn hier fehlt es dem Besitzwillen an der erforderlichen Bestimmtheit. Dagegen wenn alle einzelnen

[1]) v. Savigny S. 263 Anm. 4.

[2]) Puchta a. a. O. S. 486.

[3]) Windscheid a. a. O. S. 666 Anm. 12.

Personen zusammen ihren Willen auf das Ganze richteten, ein „vereinter Wille“ also zustande komme, so sei eine hinreichende Bestimmtheit vorhanden. Infolgedessen müsse man sie als Mitbesitzer betrachten.

Eine andere Meinung steht gerade auf dem entgegengesetzten Standpunkt. Diese wird vertreten von Böcking, Rudorff und Lenz. Böcking[1]) übersetzt „mera subtilitate“, das er, wie es nur natürlich ist, zu possidere bezieht, mit den Worten „in abstrakter Vorstellung, nicht ohne Bewußtsein von dem Gegenstande der Begrenztheit des Objekts“. Diese Übersetzung entspricht aber, wie auch Rudorff[2]) sagt, durchaus nicht der sonstigen Bedeutung des Wortes. Ähnliche Ausdrücke wie „mero jure, subtilitate, ratione“ finden sich in den Quellen häufig, und hier bedeuten diese Worte immer „im Rechtssinne“, während dann, wenn in den Quellen von einer tadelnswerten Spitzfindigkeit gesprochen wird, immer der Zusatz „nimia subtilitate“ usw. gemacht wird. Man kann also auch die Worte „mera subtilitate“ mit „im Rechtssinne“ übersetzen, welche Ansicht sich bei Rudorff[3]) und ebenso bei Lenz[4]) vertreten findet. Die erwähnten Schriftsteller[5]) gebrauchen aber die Worte „im Rechtssinn“ oder „juristisch“ im Gegensatz zu der unjuristischen Auffassung des gemeinen Lebens und kommen auch infolgedessen zu dem Resultate, daß Labeo und mit

---

[1]) Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts 1. Bd. S. 459 Anm. 11.

[2]) Rudorff zu Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht S. 486 Anm. 1.

[3]) Rudorff zu Puchta a. a. O. S. 486.

[4]) Lenz a. a. O. S. 118.

[5]) Rudorff zu Puchta a. a. O. S. 487 Anm. 1.

ihm übereinstimmend Pomponius der Ansicht sind, daß in dem vorliegenden Falle niemand besitze.

M. E. ist diese Auffassung nicht zutreffend, vielmehr ist der Meinung Steinlechners[1]) der Vorzug zu geben, welcher die Worte „im Rechtssinne“ auffaßt als „im Sinne der strengen Konsequenz des Rechts“ im Gegensatz zur Billigkeit. Diese Auslegung ist bereits von Martinus Gosia, dem ersten, der sich nachweislich mit der Interpretation der Lex beschäftigt hat, in ähnlicher Weise gemacht worden, indem er zu „mera subtilitate“ hinzugefügt hat „sed ex aequitate aliud dicendum“.[2])

Ich halte auch ferner diese Übersetzung für die richtige, weil die einzige Stelle in den Digesten, die genau die Worte „mera subtilitate“ enthält (l. 3 § 1 D. 34, 4), nur mit „strenger Rechtskonsequenz“ im Gegensatz zur Billigkeit übertragen werden kann, worüber kein Streit herrscht.[3])

Wie Steinlechner so erklärt auch Keller[4]) „mera subtilitate“ mit dem Satze „id est in stricto jure“, und ebenso übersetzt Dernburg[5]) „mera subtilitas“ mit den Worten „formaler Rechtssatz“.

Labeo ist also l. 32 § 2 D. 41, 3 der Ansicht, und Pomponius stimmt mit ihm darin überein, daß, wenn mehrere ein Grundstück zu besitzen willens sind, ohne daß ein jeder das Bewußtsein von der Größe seiner Quote hat, nach strenger Rechtsanschauung, also grundsätzlich niemand besitze. Hier aber muß aus Gründen der Billigkeit von dem Prinzipe ab-

---

[1]) Steinlechner a. a. O. II S. 21.

[2]) vgl. Meischeider a. a. O. S. 215.

[3]) vgl. Miescher a. a. O. S. 202.

[4]) v. Keller a. a. O. S. 224 Anm. 20.

[5]) Dernburg, Pandekten Bd. 1 S. 386 Anm. 11.

gewichen und den Mitbesitzern Rechtsschutz zugesagt werden. Man muß dabei aber immer im Auge behalten, daß kein Streit unter den Mitbesitzern besteht, vielmehr daß sie später die Absicht haben, jeder eine certa pars zu besitzen. Deshalb kann man auch mit Savigny[1]) ruhig annehmen, daß sie bis dahin zu gleichen Quoten besitzen.[2])

Wenn wir nun zusammenfassend die Frage, ob Mitbesitz nur unter der Voraussetzung vorhanden ist, daß die Mitbesitzer das Bewußtsein von der Größe ihrer Anteile haben, kurz beantworten, so müssen wir sagen: Der Satz „nemo incertam partem possidere potest" hat als Grundsatz immer gegolten, aber die Römer sahen bereits ein, daß es zu Ungerechtigkeiten Anlaß geben müßte, so im Falle l. 32 § 2 D. 41, 3, wenn man ihn ausnahmslos gelten lassen wollte. Sie erkannten deshalb aus Gründen der Billigkeit die Ausnahme an, daß mehrere Personen, die in den Mitbesitz einer Sache gekommen sind, ohne daß bereits jeder eine bestimmte Quote erhalten oder sich angeeignet hat, bei denen aber vollständige Einstimmigkeit herrscht, die Sache zusammen haben zu wollen, daß diese als Mitbesitzer geschützt werden sollen.

Wenn dies schon die römischen Juristen fühlten, daß sie mit der strengen Rechtsanwendung hier nicht immer zu einem befriedigenden Resultate kommen konnten, so war dies in der späteren Entwicklung des gemeinen Rechts, wie Dernburg[3]) richtig hervorhebt, noch mehr der Fall. So weist das Gesellschaftsrecht, das allerdings auf deutschrecht-

---

[1]) v. Savigny a. a. O. S. 262 Anm. 4.

[2]) In neuester Zeit hat Kübler-Berlin die Vermutung ausgesprochen, daß es sich bei „mera subtilitate" um eine Interpolation handele. vgl. Wolff V in Jherings Jahrbüchern Bd. 44 S. 152 Anm. 20.

[3]) Dernburg, Pandekten Bd. 1 S. 386 Anm. 11.

licher Grundlage entstanden ist, zahlreiche Fälle auf, bei denen die Quoten der Mitbesitzer erst später bestimmt werden sollen. Dernburg führt als Beispiel die offene Handelsgesellschaft an; hier können „die Quoten der einzelnen Gesellschafter erst durch komplizierte Rechnungen festgestellt werden, und doch haben sie Mitbesitz am Gesellschaftsvermögen".

§ 8.

Die Mitbesitzer können die bestimmten Quoten willkürlich festsetzen.

Da wir gesehen haben, daß grundsätzlich der einzelne Mitbesitzer das Bewußtsein von der Größe seiner Quote haben muß, so fragt es sich nun weiter, wie er zu diesen Quoten gelangt. Müssen dieselben durch ein juristisches Ereignis entstanden sein, oder können die Mitbesitzer sie willkürlich festsetzen?

Pomponius spricht l. 26 D. 41, 2 von einem Falle, in welchem ein bestimmter Teil „pro indiviso introducitur vel ex emtione, vel ex donatione vel qualibet alia ex causa". Hieraus hat man geschlossen, daß die Quote, die einem jeden Mitbesitzer zukommt, auf Grund eines Rechtstitels erworben sein müßte. Dieser Meinung ist Savigny,[1]) wenn er sagt, daß „streng genommen nur durch eine juristische Handlung ein ideeller Teil entstehen könne". Ebenso macht Puchta[2]) zur Voraussetzung der compossessio pro partibus indivisis, daß die Mitbesitzer ihren ideellen Teil an der gemeinsam be-

[1]) v. Savigny a. a. O. S. 262 Anm. 4.

[2]) Puchta a. a. O. S. 278.

sessenen Sache auf Grund eines rechtlichen Ereignisses erworben haben müssen. Auch Büff[1]) ist dadurch, daß er den Mitbesitz nicht ohne eine rechtliche Grundlage als bestehend anerkennt — er sagt, wie wir bereits früher erwähnt haben, der Mitbesitz sei ohne das Vorhandensein von Miteigentum undenkbar (s. S. 28) —, derselben Ansicht.

M. E. ist aber deshalb, weil l. 26 D. 41, 2 von dem Erwerbe einer Quote auf Grund eines Kaufs, einer Schenkung oder eines anderen Rechtstitels spricht, nicht erwiesen, daß dies immer der Fall sein muß. L. 32 § 2 D. 41, 3 enthält beispielsweise nicht den geringsten Hinweis auf den Erwerb auf Grund eines Rechtstitels, und ebenso finden wir l. 8 D. 6, 1, daß der eine der beiden Mitbesitzer — „Titius, qui non sit dominus“ — nicht Eigentümer ist. Ich bin der Ansicht, die auch Steinlechner[2]) vertritt, daß die Mitbesitzer die ideellen Teile ebensogut ohne Rechtstitel als auf Grund eines solchen erwerben können. Sie sind demnach imstande, falls sie den Mitbesitz ohne juristischen Grund erlangen, beispielsweise mittels Okkupation, die Quoten, die einem jeden von ihnen zukommen sollen, willkürlich zu bestimmen, und erhalten gleichwohl den Mitbesitz an der Sache.

[1]) Büff a. a. O. S. 118.

[2]) Steinlechner a. a. O. II S. 18.

Zweiter Teil.

Der Begriff des Mitbesitzes nach Bürgerlichem Gesetzbuche.

---

§ 9.

Einleitung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat das Institut des Besitzes in einer vom gemeinen Rechte vollständig abweichenden Weise geregelt. Während der erste Entwurf noch ganz auf gemeinrechtlicher Grundlage beruhte, hat sich der zweite Entwurf nicht zum wenigsten wohl infolge der Stellungnahme der Kritik auf einen andern Standpunkt gestellt. Mit der Überschrift des zweiten Abschnittes des Sachenrechts „Besitz und Inhabung" schwanden auch aus dem ersten Entwurf zugleich die für die heutigen Rechtsanschauungen bedeutungslosen und im gemeinen Recht viel umstrittenen Begriffe „juristischer Besitz und Detention". Das heutige bürgerliche Recht kennt nur eine Art des Besitzes.[1])

Einen weiteren bedeutungsvollen Unterschied vom gemeinen Rechte hat das Bürgerliche Gesetzbuch dadurch hervorgerufen, daß es als Voraussetzung des Besitzes nicht mehr den animus domini verlangt, sondern daß die tatsächliche Gewalt allein hinreicht, um einen durch die Rechtsordnung

[1]) vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Bd. 3 S. 502.

geschützten Besitz hervorzurufen. Als neu schuf das Bürgerliche Gesetzbuch den „mittelbaren Besitzer“ (§ 868) sowie den Besitzdiener (§ 855), und ferner als besondere Unterart des mittelbaren und unmittelbaren Besitzes den „Eigenbesitz“ des § 872 B.G.B. Diese Änderungen sind natürlich nicht ohne Einfluß auf die besondere Abart des Besitzes, den „Mitbesitz“ geblieben.

§ 10.

Der Mitbesitz im Bürgerlichen Gesetzbuche.

Das Wort „Mitbesitz“ ist im Bürgerlichen Gesetzbuch in den §§ 1081 und 1206 enthalten. Der § 1081 befindet sich unter den Bestimmungen, die vom „Nießbrauch an Rechten“ handeln, und spricht insbesondere von dem Nießbrauch an Inhaber- und Orderpapieren mit Blankoindossament. Im Absatz 2 dieses Paragraphen ist gesagt, daß zur Bestellung des Nießbrauchs an solchen Papieren „an Stelle der Übergabe die Einräumung des Mitbesitzes genügt“.

Der § 1206 B.G.B. bestimmt, daß es zu einer wirksamen Pfandrechtsbestellung an beweglichen Sachen nicht der nach § 1205 B.G.B. grundsätzlich erforderlichen Übergabe bedarf, sondern daß an deren Stelle „die Einräumung des Mitbesitzes“ treten kann, „wenn sich die Sache unter dem Mitverschluß des Gläubigers befindet oder, falls sie im Besitz eines Dritten ist, die Herausgabe nur an den Eigentümer und Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann“.

Weitere Bestimmungen, in denen von „Mitbesitz“ gesprochen wird, finden sich im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht. Nicht einmal in dem ersten Abschnitt des 3. Buches „Besitz“ ist des Wortes Erwähnung getan. In der Literatur ist aller-

dings durchweg die Ansicht vertreten, daß es außer den vorhin genannten Bestimmungen noch andere gibt, die vom „Mitbesitz“ reden. Man ist hierbei von der Annahme ausgegangen, daß dasjenige, was das Bürgerliche Gesetzbuch „Mitbesitz“ genannt hat, genau dasselbe ist, was nach gemeinem Rechte als Mitbesitz aufgefaßt wurde. Im gemeinen Rechte verstand man unter „Mitbesitz“ den gemeinschaftlichen Besitz mehrerer Personen an einer Sache. Diesen Begriff hat die Literatur[1]) des Bürgerlichen Gesetzbuches übernommen, und man hat daher jeden im Bürgerlichen Gesetzbuch als „gemeinschaftlich“ bezeichneten Besitz „Mitbesitz“ genannt. So sollen neben den vorhin genanten Bestimmungen im Nießbrauch und Pfandrecht nach Ansicht der heutigen Literatur noch insbesondere die §§ 866, 1008, 705, 1438 usw. B.G.B. Bestimmungen über Mitbesitz enhalten.

Bevor wir dazu übergehen, die Berechtigung dieser Ansicht zu prüfen, ist zu erwähnen, daß manche Autoren nicht dabei stehen geblieben sind, den Begriff „Mitbesitz“ einfach aus dem gemeinen Rechte zu übernehmen, sondern daß sie auch noch weiter infolge der Umgestaltung des Besitzes im Bürgerlichen Gesetzbuch neue Mitbesitzverhältnisse für das heutige Recht gefunden haben.

§ 11.

Der unmittelbare und mittelbare Besitzer einer Sache haben keinen Mitbesitz.

Als ein neugearteter Mitbesitz wird im heutigen Recht das Besitzverhältnis des mittelbaren und unmittelbaren Be-

[1]) vgl. die gesamte Literatur zum B.G.B. mit Ausnahme von Planck, Kommentar Bd. 3 3. Aufl. S. 55/56.

sitzers bezeichnet. Diese Auffassung vertritt z. B. Strohal,[1]) indem er das Verhältnis des unmittelbaren und mittelbaren Besitzers an die Spitze seiner Ausführungen über Mitbesitz stellt. Ebenso findet Bartels[2]) in dem § 866 B.G.B. eine ganz neu geartete compossessio und ferner ist diese Auffassung bei Meißner[3]) vertreten.

Wir wollen an dieser Stelle nicht auf die Streitfrage eingehen, als was man den mittelbaren Besitzer aufzufassen habe, sondern man kann aus dem Gesetze selbst erkennen, daß es das Verhältnis der genannten Personen nicht als Mitbesitz gelten lassen will. Dies geht, wie Wolff[4]) richtig bemerkt, deutlich aus dem § 1081 Abs. 2 B.G.B. hervor. Wenn der mittelbare und unmittelbare Besitzer Mitbesitzer derselben Sache wären, wäre die genannte Bestimmung ganz unverständlich. Denn dann würde der Besteller des Nießbrauchs durch die Übergabe des Papiers immer schon den Mitbesitz dem Nießbrauches einräumen. Wozu sollte dann noch die Bestimmung (Abs. 2 des § 1081) dienen, daß „an Stelle" der Übergabe die Einräumung des Mitbesitzes genügt"?

Es liegt aber auch ferner bei dem Verhältnis des mittelbaren und unmittelbaren Besitzers kein Nebeneinanderbesitzen des einen Besitzers neben dem andern vor. Dies würde,

[1]) Strohal, I in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 38 S. 113.

[2]) Bartels, 25 in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 6. Folge 2. Jahrg. S. 652.

[3]) Meißner, Das B.G.B. für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze 3. Buch S. 23.

[4]) Wolff, Der Mitbesitz nach dem Rechte des B.G.B. für das Deutsche Reich, V in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 44 S. 147.

selbst wenn man den Begriff des Mitbesitzes nach Bürgerlichem Gesetzbuch noch so weit fassen würde, immer Erfordernis des Mitbesitzes sein. Bei dem unmittelbaren und mittelbaren Besitzer steht die tatsächliche Gewalt des einen nicht neben, sondern hinter der des andern. Man stelle sich nur einmal vor, daß jemand eine ihm gehörige Sache, z. B. ein Buch einem andern leiht, der Entleiher leiht es einem Dritten, der einem Vierten und so fort. Das nach § 871 B.G.B. auch der Dritte und Vierte mittelbarer Besitzer ist, so wären alle, nach Ansicht Strohals und der anderen genannten Autoren, Mitbesitzer. Daß nun aber hier der Eigentümer, die anderen mittelbaren Besitzer sowie der unmittelbare Besitzer des Buches zusammen gemeinschaftlich die körperliche Gewalt über die Sache haben sollten, widerspricht den tatsächlichen Verhältnissen; vielmehr geht die tatsächliche Gewalt des einen mittelbaren Besitzers erst durch die des anderen hindurch, steht also hinter dieser. Von einem gemeinschaftlichen Nebeneinanderbesitzen kann nicht die Rede sein.

Es ist daher der mittelbare und unmittelbare Besitz nicht als Mitbesitz aufzufassen. Diese Ansicht finden wir außer bei Wolff noch ausdrücklich von Kniep[1]) ausgesprochen, wenn er sagt: „Die Stellung dieser Besitzer (nämlich des mittelbaren und unmittelbaren) sich gegenüber ist aber eine andere wie beim Mitbesitz.“

Wir wollen an dieser Stelle eine von Meißner[2]) und Strohal[3]) vertretene Ansicht kurz zurückweisen, die als

[1]) Kniep, Der Besitz des B.G.B. gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht S. 7.

[2]) Meißner a. a. O. S. 23.

[3]) Strohal a. a. O. S. 113.

Mitbesitz nach Bürgerlichem Gesetzbuche auch den Fall erwähnen, daß mehrere Personen eine Sache so zusammen besitzen, daß jede von ihnen einen reellen Teil derselben inne hat. Im Bürgerlichen Gesetzbuch findet sich keine Bestimmung, die darauf hindeutet, daß dieser Besitz reeller Teile als „Mitbesitz" zu bezeichnen ist. Die Ansicht ist daher aus demselben Grunde, der für die compossessio pro partibus divisos angeführt ist, zurückzuweisen. Auch hier besitzt jede einzelne Person ihren reellen Teil allein, während das Ganze nur in ihrer Vorstellung vorhanden ist und als etwas Gedachtes daher nicht in der gemeinsamen tatsächlichen Gewalt mehrer Personen stehen kann.

Aus dem bisher Geschilderten sehen wir, daß das Bürgerliche Gesetzbuch neue Mitbesitzverhältnisse gegenüber dem gemeinen Rechte jedenfalls nicht geschaffen hat.

§ 12.

Der Begriff des Mitbesitzes in der Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

1. Herrschende Ansicht.

Die einzige Form, die wir nach gemeinem Rechte als wirklichen Mitbesitz anerkannt haben, war die compossessio pro partibus indivisis. Hier besaßen mehrere Personen eine und dieselbe Sache ohne räumliche Abgrenzung derart, daß jeder einen ideellen Teil inne hatte, es durfte kein Streit über den Besitz herrschen, und jeder mußte eine bestimmte Quote zu besitzen willens sein. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält hierüber keine Bestimmungen. Die herrschende Meinung hat nun den Mitbesitz dem Begriffe nach aus dem ge-

meinen Rechte übernommen; sie nennt „Mitbesitz“ nach Bürgerlichem Gesetzbuch den gemeinschaftlichen Besitz mehrerer Personen an derselben Sache ohne räumliche Abgrenzung. Dagegen hat sie den Mitbesitz anders als im gemeinen Rechte zu konstruieren versucht. Und zwar ist sie von den dem Mitbesitz gewöhnlich zugrunde liegenden Rechtsgemeinschaften ausgegangen und erkennt den Mitbesitz einer Sache ohne räumliche Abgrenzung dementsprechend in zwei Formen an. Einmal können mehrere Personen eine Sache zu ideellen Teilen gemeinschaftlich besitzen, so wenn es sich bei dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis um Miteigentum (§ 1008 B.G.B.) handelt, oder es können mehrere Personen eine Sache zu gesamter Hand in Besitz haben, wenn es sich um eine Rechtsgemeinschaft zu gesamter Hand handelt. Letztere ist beispielsweise gegeben bei dem Verhältnis der Miterben an der Erbschaft (§§ 2032 ff. B.G.B.), der Gesellschafter (§ 719 B.G.B.) und der Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins gemäß § 54 B.G.B. an den zum Gesellschafts- resp. Vereinsvermögen gehörigen Sachen. Diese Meinung vertreten unter anderen Dernburg,[1]) Biermann,[2]) Meißner,[3]) Endemann,[4]) Lehmann[5]) und Cosack.[6])

Strohal[7]) und ebenso Matthiaß[8]) kennen außer den

---

[1]) Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens Bd. 3 S. 52.

[2]) Biermann, Komm. zum B.G.B. Das Sachenrecht S. 16/17.

[3]) Meißner a. a. O. S. 23.

[4]) Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht Bd. 2 S. 23.

[5]) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 2 S. 165.

[6]) Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 2 S. 400.

[7]) Strohal a. a. O. S. 113/114.

[8]) Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 2 S. 9.

eben erwähnten Formen noch eine dritte Art des Mitbesitzes, die darin besteht, daß nur der Gebrauch einer Sache, die mehrere gemeinschaftlich besitzen, geteilt wird.

Diese Einteilung des Mitbesitzes gemäß dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse ist m. E. unzutreffend. Sie findet keine Stütze im Bürgerlichen Gesetzbuch, das von einer solchen Einteilung nichts erwähnt, und ist schon aus dem Grunde zu verwerfen, weil als Voraussetzung des Mitbesitzes durchaus nicht immer ein Rechtsverhältnis der erwähnten Art zu bestehen braucht. Vielmehr ist der Mitbesitz auch gänzlich unabhängig von einem solchen denkbar, so z. B. wenn mehrere sich durch eine unerlaubte Handlung in den Besitz einer Sache setzen. Ferner ist nicht ersichtlich, weshalb man gerade bei einer bestimmten Rechtsgemeinschaft auch eine entsprechende Besitzgemeinschaft annehmen soll. Der einzige von den vorhin erwähnten Schriftstellern, der seine aufgestellten Behauptungen näher begründet, ist Strohal.[1]) Doch kann er m. E. bei seiner Erklärung des „Mitbesitzes zu gesamter Hand keine hinreichenden Unterscheidungsmerkmale gegenüber dem „Mitbesitz zu ideellen Teilen“ anführen. Er stellt als besondere Eigentümlichkeit des Mitbesitzes zu gesamter Hand auf, daß „der einzelne Gesamthandsbesitzer seinen Anteil am Besitz einer einzelnen Sache nicht auf einen andern übertragen könne“, während der Mitbesitzer zu ideellen Teilen hierzu wohl imstande sei. Dem Miterben nun, den Strohal als Mitbesitzer zu gesamter Hand bezeichnet, ist eine Übertragung des Anteils am Besitz der gesamten Nachlaßsachen gemäß § 2033 B.G.B. gestattet. Bei diesem ist m. E. ein Gegensatz dem Mitbesitzer zu ideellen Teilen gegen-

---

[1]) Strohal a. a. O. S. 114.

über nicht vorhanden. Denn wenn jemand den Besitz eines Anteils an der Gesamtheit aller zum Nachlaß gehöriger Sache übertragen kann, so muß er damit auch immer den Besitz des Anteils an der einzelnen Nachlaßsache übertragen. Es ist hier nämlich anzunehmen, daß sich die Besitzübertragung des Anteils an der Gesamtheit in eine Besitzübertragung des Anteils an den einzelnen Sachen auflöst. Die Definition Strohals vom Gesamthandsbesitz würde also höchstens auf die Gesellschafter und dem entsprechend auf die Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins (§§ 791, 54 B.G.B.) hinsichtlich des ihnen gehörenden Vermögens anwendbar sein.

Daß das zugrunde liegende Rechtsverhältnis ohne Einfluß auf das Besitzverhältnis der Mitbesitzer ist, hat Planck[1]) richtig erkannt. Er sagt: „Ob die Mitbesitzer den Mitbesitz als Miteigentümer nach Bruchteilen, als gemeinschaftliche Nießbraucher nach Bruchteilen, als Gesellschafter oder als Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins, als in Gütergemeinschaft lebende Ehegatten oder als Miterben ausüben, macht für den Mitbesitz keinen Unterschied.“ Derselben Ansicht ist ferner Staudinger,[2]) der das zugunde liegende Rechtsverhältnis ebenfalls als gleichgültig hinstellt, und Wolff[3]) in seiner Monographie über Mitbesitz.

2. Ansicht Wolffs.

Wolff hat den Mitbesitz des Bürgerlichen Gesetzbuches ausführlich behandelt und hat versucht, ihn auf andere Weise

[1]) Planck, B.G.B. nebst Einführungsgesetz Bd. 3 Aufl. 1 u. 2 S. 51.

[2]) Staudinger, Komm. zum B.G.B. für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz Bd. 3 S. 21.

[3]) Wolff a. a. O. S. 154.

als bisher zu konstruieren. Auch er stellt jeden im Bürgerlichen Gesetzbuch „gemeinschaftlich“ genannten Besitz ohne weiteres als „Mitbesitz“ hin, will aber nach Bürgerlichem Gesetzbuch zwei Arten des Mitbesitzes anerkannt wissen:

1. den schlichten Mitbesitz.
2. den Gesamthandsbesitz.

Er geht bei seiner Konstruktion davon aus, daß für die Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuches der Wille des Besitzes nicht mehr erforderlich sei. Es könne daher auch Mitbesitz ohne den Willen der Besitzer bestehen, ja der Wille sei für den Mitbesitz mehrerer Personen völlig belanglos. So haben beispielsweise „zwei Miterben, von denen jeder Alleinerbe zu sein glaubt, auch allein besitzen will, dennoch Mitbesitz an der geerbten Sache“. Wolff[1]) stellt nun als Voraussetzung des „schlichten Mitbesitzes“ analog denen des Besitzes den Satz auf, daß jeder Mitbesitzer die volle tatsächliche Herrschaft über die Sache habe. Den Begriff der tatsächlichen Herrschaft erklärt er mit den Worten Goldschmidts[2]): „Besitz ist so in der Hauptsache allerdings tatsächliche Gewalt (Macht-Herrschaft), aber nicht diejenige, welche der einzelne haben will oder zu haben vermeint, sondern ein Machtbewußtsein, welches dem Gemeinbewußtsein als tatsächliche Herrschaft erscheint.“ Auf Grund dieser durchaus zutreffenden Definition der Sachherrschaft ist nach Wolffs Ansicht die Möglichkeit des Nebeneinanderbestehens mehrerer derartiger Herrschaften gegeben. Und eine solche Mehrheit von tatsächlichen Herrschaften ist seiner Ansicht nach Voraussetzung des „schlichten Mitbesitzes“. Wolff[3]) nimmt hier-

[1]) Wolff a. a. O. S. 155.

[2]) Goldschmidt, Vermischte Schriften Bd. 1 S. 78.

[3]) Wolff a. a. O. S. 157.

nach bei diesem einen Solidarbesitz, eine compossessio plurium in solidum, als bestehend an. Das Bürgerliche Gesetzbuch erkennt Wolffs Meinung nach auch die Möglichkeit einer solchen vollkommen an, da es sich nach seiner Ansicht bei dem Verhältnis des mittelbaren und unmittelbaren Besitzers ebenfalls um einen mehrfachen Besitz in solidum handelt. Wolff kommt dann zu dem Schlusse, daß „beim Mitbesitz nicht eine einzige unter die Mitbesitzer in Teile zerlegte Sachherrschaft, sondern eine Mehrheit von Sachherrschaften besteht. Jeder Mitbesitzer ist Ganzbesitzer, ist Gewaltherr.“[1])

Dieser von ihm sogenannte „schlichte Mitbesitz“ sei die Hauptform des Mitbesitzes im Bürgerlichen Gesetzbuch und liege in fast allen Fällen, in denen mehrere Personen eine Sache gemeinschaftlich zusammen innehaben, vor.

Neben dieser Gestaltung des Mitbesitzes kennt das Bürgerliche Gesetzbuch, Wolffs[2]) Ansicht nach, noch eine andere, den „Gesamthandsbesitz“. Dieser sei dann vorhanden, wenn sich eine von mehreren Personen besessene Sache unter deren Mitverschluß befinde. Dann sei die tatsächliche Herrschaft eines jeden Besitzers durch „die konkurrierende Beziehung des andern so weit eingeschränkt, daß sie nicht mehr als Sachherrschaft erscheine“. Vielmehr habe der einzelne gar keine tatsächliche Gewalt, sondern diese stehe nur der Gesamtheit der Mitbesitzer zu. Doch diese Gesamtgewalt aller setze sich nicht etwa aus den einem jeden Mitbesitzer zustehenden Anteilen an der tatsächlichen Gewalt zusammen, sondern „die zur Personeneinheit verbundenen

---

[1]) Wolff a. a. O. S. 158.

[2]) Wolff a. a. O. S. 159ff.

Mitbesitzer haben die körperliche Gewalt".[1]) Der einzelne Mitbesitzer habe gar keinen Besitz, man könne seine Beziehung zur Sache vielleicht als „Mitträgerschaft", „Mitgewalt" des Besitzes, nicht aber als tatsächliche Gewalt oder auch nur als Anteil an derselben bezeichnen.

Dieser Gesamthandbesitz sei im Bürgerlichen Gesetzbuch vorhanden in den Fällen des „Mitbesitzes unter Mitverschluß", insbesondere also im Falle des § 1206 B.G.B. Er finde sich ferner da, wo mehrere Personen mittelbaren Besitz an einer Sache haben, und der unmittelbare Besitzer diese nur an sämtliche Mitbesitzer gemeinsam herausgeben dürfe. Und schließlich sei noch als Mitbesitz zu gesamter Hand der unmittelbare Mitbesitz zweier Personen durch einen gemeinsamen Besitzdiener, der nur den vereinigten Weisungen beider zu folgen habe, zu bezeichnen.

Nach Wolffs Ansicht ist demnach der Mitbesitz des Bürgerlichen Gesetzbuches entweder so aufzufassen, daß jeder Besitzer die tatsächliche Vollgewalt über die ganze Sache hat („schlichter Mitbesitz"), oder daß keiner die tatsächliche Herrschaft, sondern nur die zur Personeneinheit verbundene Gesamtheit aller Mitbesitzer die Sachgewalt inne hat (Gesamthandsbesitz).

Diese geschilderten Ausführungen sind m. E. als unrichtig zu bezeichnen. Auch Seeler[2]) in seiner Abhandlung „Zur Lehre vom Mitbesitz" und ebenso Planck[3]) in seinem neuesten Kommentar halten die Wolffsche Auffassung nicht für zutreffend.

---

[1]) Wolff a. a. O. S. 159.

[2]) v. Seeler, X in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des deutschen Rechts Bd. 44 S. 373.

[3]) Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch 3. Bd. 3. Aufl. S. 55, 56.

Was zunächst die Konstruktion des „schlichten Mitbesitzes“ anbetrifft, so dürfte dieselbe, wie Planck[1]) richtig hervorhebt, „der natürlichen Auffassung nicht entsprechen“. Eine solche Mehrheit von Sachherrschaften eines jeden Mitbesitzers ist unmöglich. Und es ist auch wohl nicht anzunehmen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die im gemeinen Rechte fast allgemein verworfene compossessio plurium in solidum anerkennen will. Dernburg[2]) ist allerdings der Ansicht, daß das Schweigen des Bürgerlichen Gesetzbuches über ein solches Besitzverhältnis bedeutet, man könne wohl einen Solidarbesitz konstruieren. In Wirklichkeit bedeutet das Schweigen des Bürgerlichen Gesetzbuches gerade das Gegenteil. Im Entw. 1[3]) wurde die Unmöglichkeit einer possessio plurium in solidum in § 802 deutlich ausgesprochen:

> „Der Besitz einer Sache kann ohne den Willen des bisherigen Besitzers von einem andern nur durch solche Handlungen erworben werden, durch welche dem bisherigen Besitzer der Besitz entzogen wird.“

Dieser Satz wurde von der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches als selbstverständlich und entbehrlich gestrichen. Durch sein Schweigen stellt also[4]) das Bürgerliche Gesetzbuch die Unmöglichkeit einer possessio plurium in solidum als etwas Selbstverständliches hin. Diese Ansicht wird auch da anerkannt, wo es sich um eine justa

---

[1]) Planck a. a. O. 3. Bd. 3. Aufl. S. 56.

[2]) Dernburg a. a. O. S. 48.

[3]) Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das Deutsche Reich Bd. 3: Sachenrecht S. 89.

[4]) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.B. Bd. 3: Sachenrecht S. 33.

und injusta possessio des gemeinen Rechts handelt. Bereits im zweiten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches ist, wie Bekker[1]) bemerkt, die Streitfrage, ob hier ein Fall des Solidarbesitzes vorliege, richtig dahin entschieden worden, daß man das „possessio plurium in solidum non datur in dieser Beziehung konsequent durchgeführt hat".

Auch im Verhältnis des mittelbaren und unmittelbaren Besitzers dürfte es sich nicht um einen Solidarbesitz handeln. Es würde zu weit führen, auf diese sehr umstrittene Frage, in welcher Beziehung diese beiden Personen zueinander stehen, einzugehen; ich möchte nur bemerken, daß m. E. der Standpunkt Plancks[2]) am zutreffendsten ist, welcher sagt: „Der mittelbare Besitz ist wie der unmittelbare eine tatsächliche Beziehung der Person zur Sache, aber nicht eine Beziehung, die nach der Verkehrsanschauung der Person die Herrschaft über die Sache gewährt, sondern eine Beziehung, die durch die Gewalt des unmittelbaren Besitzers in Verbindung mit dessen Verhältnis zum mittelbaren Besitzer hergestellt wird."

Eine compossessio plurium in solidum gibt es demnach nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ebensowenig wie nach gemeinem Rechte. Dasselbe spricht Endemann[3]) aus, der einen Solidarbesitz mit Recht für logisch unmöglich hält.[4]) Die

[1]) Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, I in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 34 S. 47.

[2]) Planck Bd. 3 1. und 2. Aufl. S. 59.

[3]) Endemann a. a. O. S. 165 Anm. 9.

[4]) Ebenso Bendix, Die Besitzlehre nach dem B.G.B. unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung S. 5.

Ansicht Wolffs,[1]) daß beim Mitbesitz ein Solidarbesitz der Mitbesitzer vorliege, ist demnach zurückzuweisen.

Wolff muß nun aber, obwohl er jeden Mitbesitzer als „Ganzbesitzer" bezeichnet, zugeben, daß die Herrschaft des einzelnen nicht unbeschränkt dasteht, sondern durch die Herrschaft der anderen Mitbesitzer eingeschränkt wird. Es würde also seiner Ansicht nach jeder Mitbesitzer eine beschränkte tatsächliche Vollherrschaft über die Sache haben; diese Beschränkung wird ihm aber auferlegt durch eine ebensolche tatsächliche Vollherrschaft. Daß diese tatsächlichen Vollherrschaften nebeneinander bestehen können, ohne miteinander zu kollidieren, ist m. E. unmöglich. Hinzu kommt noch, daß es nach Wolffs[2]) Meinung belanglos ist, ob der einzelne Mitbesitzer weiß und will, daß auch noch ein anderer als er selbst dieselbe tatsächliche Herrschaft ausübt. Aber wann hört hier der Alleinbesitz auf, und wann fängt Mitbesitz an? Die Grenze ist überhaupt nicht genau zu ziehen. Setzen wir den Fall, es besitzt jemand (A) als Alleinbesitzer ein Pferd, das er in seinem Stalle eingeschlossen hat. Ein anderer (B) gelangt mittels eines Nachschlüssels jederzeit in den Stall hinein und hat die tatsächliche Gewalt über das Pferd. Anfangs nutzt er diese tatsächliche Gewalt nicht aus, da er Furcht vor A hat, dann wird er kühner und reitet das Pferd einige Stunden aus, und schließlich verschwindet er eines Tages ganz mit demselben. Nach Wolff müßte in diesem Falle Mitbesitz des A und des B vorliegen, da es auf den Willen, daß auch noch ein anderer den Besitz haben soll, nicht ankommt; in welchem Zeitpunkte aber hier der Mitbesitz anfängt und wann er aufhört, vorausgesetzt daß

[1]) Wolff a. a. O. S. 157.

[2]) Wolff a. a. O. S. 148 u. 155.

man überhaupt von einem solchen sprechen kann, ist durchaus nicht zu bestimmen.

Wir können daher nach dem Gesagten die Konstruktion eines „schlichten Mitbesitzes" nicht als zutreffend anerkennen.

Während Wolff nun bei diesem einem jeden Besitzer die ganze tatsächliche Herrschaft über die Sache einräumt, verfällt er bei dem von ihm so genannten „Gesamthandsbesitz" in das Extrem. Hier hat keiner die tatsächliche Herrschaft, letztere steht vielmehr den zur Personeneinheit verbundenen Mitbesitzern insgesamt zu.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch deutet nun auf diese Einteilung nichts hin. Es handelt sich vielmehr bei dem sogen. Gesamthandsbesitz Wolffs um genau denselben Mitbesitz wie in den anderen Fällen. Der Mitbesitz des § 1206 B.G.B. ist genau derselbe wie im § 1081. Der Unterschied liegt nicht in dem Vorhandensein resp. Nichtvorhandensein einer tatsächlichen Gewalt, sondern nur in der Ausübung dieser Gewalt. Die Pfandrechtsbestellung des § 1206 kann auch durch „Einräumung des Mitbesitzes" erfolgen, und zwar desselben Mitbesitzes, der im § 1081 B.G.B. genannt ist. Jedoch wird im § 1206 an die Sache eine weitere Voraussetzung geknüpft, daß sie sich „unter Mitverschluß des Gläubigers befindet, oder, falls sie im Besitz eines Dritten ist, die Herausgabe nur an den Eigentümer und Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann". Sicherlich hindert dieser Mitverschluß resp. die andere eben genannte Maßregel die Ausübung des Besitzes des einzelnen, nicht aber wird dadurch sein Mitbesitz ein anders gearteter, oder, wie Planck[1]) bemerkt, „es handelt sich nur um eine Verschiedenheit der tatsächlichen Gestaltungen".

[1]) Planck Bd. 3 3. Aufl. S. 56.

Schließlich ist m. E. auch die ganze Konstruktion Wolffs unvereinbar mit den Worten des Gesetzes. Gerade das Gesetz will nichts von einem „Gesamthandsbesitz“ wissen. Denn es spricht davon, daß der Verpfänder dem Pfandgläubiger den „Mitbesitz“ einräumt. Damit ist gesagt, daß der Pfandgläubiger selbst für seine Person Mitbesitz erlangt, also auch selbst — und nicht bloß mit dem Verpfänder gemeinschaftlich — tatsächliche Gewalt haben soll. Wolffs Konstruktion will dies nicht anerkennen, vielmehr hat nach derselben der einzelne gar nichts, „er darbt der Sachgewalt“ [1]) und hat höchstens eine Beziehung zur Sache, die man als „Mitträgerschaft des Besitzes, niemals aber als tatsächliche Herrschaft“ [2]) bezeichnen könne. Dies widerspricht jedoch dem Gesetz, nach welchem dem Verpfänder Mitbesitz, also selbst tatsächliche Gewalt, eingeräumt wird.

§ 13.

Begriff und Konstruktion des Mitbesitzes nach §§ 1081 und 1206 B.G.B.

Wir wollen bei unserer Konstruktion von den beiden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches ausgehen, die das Wort „Mitbesitz“ enthalten, den §§ 1081 und 1206:

> § 1081: „Ist ein Inhaber- oder ein Orderpapier, das mit Blankoindossament versehen ist, Gegenstand des Nießbrauchs, so steht der Besitz des Papiers und des zu dem Papiere gehörenden Erneuerungsscheins dem Nießbraucher und dem Eigentümer gemeinschaftlich zu.

[1]) Wolff a. a. O. S. 162.

[2]) Wolff a. a. O. S. 160.

Zur Bestellung des Nießbrauchs genügt an Stelle der Übergabe des Papiers die Einräumung des Mitbesitzes."

§ 1206: „An Stelle der Übergabe der Sache genügt die Einräumung des Mitbesitzes, wenn sich die Sache unter dem Mitverschluß des Gläubigers befindet oder, falls sie im Besitz eines Dritten ist, die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann."

Daß es sich in beiden Fällen um denselben Mitbesitz handelt, haben wir bereits gesehen (vgl. S. 57). Zur Bestellung sowohl des Nießbrauchs als auch des Pfandrechts ist grundsätzlich erforderlich, daß der Besteller die Sache dem Nießbraucher bezw. Pfandgläubiger übergibt, also diesen den unmittelbaren Besitz verschafft, selbst aber mittelbarer Besitzer bleibt.

Nach den genannten Bestimmungen „genügt an Stelle der Übergabe die Einräumung des Mitbesitzes".

Daraus können wir zunächst ersehen, daß bei der Einräumung des Mitbesitzes der Nießbraucher — um bei dem § 1081 B.G.B. zu bleiben — etwas weniger tatsächliche Gewalt erhält, als er durch die Übergabe des Papiers erlangen würde; denn es „genügt", daß an Stelle der Einräumung des unmittelbaren Alleinbesitzes etwas anderes tritt, was nicht so viel als dieser ist. Und damit ist auch gleich gesagt, daß der Besteller in diesem Falle mehr Gewalt behält, als wenn er nur mittelbarer Besitzer bliebe. Doch er „räumt" dem Nießbraucher etwas „ein", er macht ihm somit Platz; er hatte die ganze tatsächliche Gewalt am Papier; jetzt überläßt er von dieser Gewalt etwas dem Nießbraucher. Wieviel ist nicht gesagt, doch muß es in jedem Falle etwas

tatsächliche Gewalt sein. Dies geht unzweifelhaft aus dem Worte „Mitbesitz“ hervor. Der Nießbraucher erhält demnach einen Teil der tatsächlichen Gewalt am Papier, die vorher dem Besteller allein zustand. Um soviel wird dann natürlich die Alleingewalt, die der Besteller bisher hatte, verkürzt. Dasjenige, was er an körperlicher Gewalt am Papier behält, ist nicht mehr die ganze tatsächliche Gewalt; er ist nicht mehr Alleinbesitzer des Papiers, denn sein Besitz ist durch den „Mitbesitz“ des Nießbrauchers beschränkt. Seine tatsächliche Gewalt ist jetzt nur noch ein Teil der ganzen Gewalt geblieben, die er vorher hatte. Wir können sie daher ebenfalls „Mitbesitz“ nennen, obwohl das Gesetz sie nicht als solchen bezeichnet.

Man könnte den Worten des Gesetzes folgend leicht annehmen, daß der Nießbraucher weniger Gewalt erhalten darf, als der Besteller behält. Denn der Besteller war Alleinbesitzer, von ihm wird nicht ausdrücklich gesagt, daß er Mitbesitzer wird, sondern nur dem Nießbraucher wird Mitbesitz eingeräumt. Danach erscheint die tatsächliche Gewalt des Bestellers stärker zu sein als die des Nießbrauchers. Und dies ist wohl auch in den meisten Fällen, wo Nießbrauch an einem Inhaberpapier bestellt wird, anzunehmen; denn es liegt im Interesse des Eigentümers des Papiers bei Bestellung eines Nießbrauchs, über das Papier hinreichend Gewalt zu behalten und dem Nießbraucher nicht zu viel Verfügungsmacht zu überlassen. Daher ist in den meisten Fällen anzunehmen, daß der Besteller den größeren Anteil an der tatsächlichen Gewalt für sich behält.

Immerhin aber dürfte dies wohl nicht als Voraussetzung der Mitbesitzeinräumung zu bezeichnen sein, denn es steht nach den Worten des Gesetzes nichts im Wege, daß

der Besteller bei Einräumung des Mitbesitzes dem Nießbraucher einen größeren Anteil an der tatsächlichen Gewalt zuteil werden läßt. Keinesfalls wäre aber die Annahme gerechtfertigt, daß der Mitbesitz des Nießbrauchers nur eine so beschränkte Gewalt wäre, die nicht allein für sich dastände, sondern nur mit der des Bestellers oder durch diesen ausgeübt werden kann. Sicherlich kann eine solche Vereinbarung zwischen den Kontrahenten getroffen werden — zur gültigen Pfandrechtsbestellung ist sie sogar erforderlich — doch ändert sich ihr Mitbesitz selbst nicht, sondern nur die Ausübung desselben wird dadurch näher geregelt. Man kann aus § 1206 B.G.B. deutlich erkennen, daß Voraussetzung des Mitbesitzes niemals eine eben geschilderte beschränkte Gewalt ist; denn wäre der Mitbesitz des Pfandgläubigers eine völlig abhängige und nur durch den Verpfänder bestehende tatsächliche Gewalt, dann wäre der Nachsatz im § 1206 „wenn sich die Sache unter Mitverschluß des Gläubigers befindet usw." völlig überflüssig, da Voraussetzung des Mitbesitzes *selbst* bereits eine so beschränkte tatsächliche Gewalt wäre.

Nach dem bisher Gesagten müssen wir den Mitbesitz des Bürgerlichen Gesetzbuches auffassen als den *Anteil, den der Nießbraucher sowohl als der Besteller, der Pfandgläubiger wie der Verpfänder an der gemeinsamen tatsächlichen Gewalt über die Sache hat.*[1])

Wolff, dessen Konstruktion des Mitbesitzes wir vorhin geschildert haben, bestreitet, daß man von einem „Anteil an der gemeinsamen tatsächlichen Gewalt" reden könne.[2]) Denn

---

[1]) vgl. *Planck* Bd. 3 Aufl. 3 S. 55.

[2]) *Wolff* a. a. O. S. 158 Anm. 42.

die Sachherrschaft lasse sich nicht teilen. Dies gehe deutlich aus § 432 B.G.B. Satz 2 hervor:

> Jeder Gläubiger kann verlangen, daß der Schuldner die geschuldete Sache für alle Gläubiger hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefert.

Hier sei die Herausgabe des Besitzes als eine unteilbare Leistung behandelt, demnach betrachte das Bürgerliche Gesetzbuch den Besitz oder die Sachherrschaft als etwas Unteilbares.

Mit Recht hat Planck[1]) diesen Grund nicht als stichhaltig bezeichnet, vielmehr hervorgehoben, daß es sich im § 432 B.G.B. „nicht um eine Folgerung aus dem Wesen des Besitzes handelt, sondern nur um eine ergänzende Bestimmung über den Inhalt eines auf die Übergabe einer Sache gerichteten Schuldverhältnisses".

Wolff[2]) beruft sich aber weiter darauf, daß es überhaupt unmöglich sei, die Sachherrschaft zu teilen. Er bezieht sich dabei auf die Ausführungen, die Bruns über die Sachherrschaft macht. Bruns hält die äußere Detention als solche für unteilbar, „alle ideelle Teilung beruhe nur auf der Idee, der Absicht, dem Willen". Das äußere Gewaltverhältnis zur Sache könne nicht auf einen ideellen, also äußerlich nicht existierenden Teil beschränkt werden; „eine physische Beschränkung auf einen ideellen Teil ist logisch wie physisch nicht möglich, eine compossessio ist daher nur von seiten des animus durch Beschränkung des Willens auf einen ideellen Teil möglich".

---

[1]) Planck a. a. O. 3. Aufl. S. 55/56.

[2]) Wolff a. a. O. S. 158 Anm. 42 und S. 151 Anm. 19.

Diesen Ausführungen Bruns ist m. E. durchaus beizutreten. Sie machen aber durchaus nicht die Ansicht unmöglich, daß nach Bürgerlichem Gesetzbuch der Mitbesitz sich als „Anteil an der gemeinsamen tatsächlichen Gewalt" darstellt. Man darf den Anteil an der tatsächlichen Gewalt natürlich nicht als auf ideeller Teilung des physischen Gewaltverhältnisses beruhend auffassen. Vielmehr sind auch nach Bürgerlichem Gesetzbuch ebenso wie nach gemeinem Recht die Anteile, die der Nießbraucher und der Besteller, der Pfandgläubiger und der Verpfänder an der Sache haben, allein durch ihren Willen geschaffen. Ihr Mitbesitz ist m. E. nur so denkbar, daß jeder, der die tatsächliche Gewalt für sich in Anspruch nimmt, gleichzeitig will, daß auch der andere tatsächliche Herrschaft haben soll, und daß er sich in Ausübung seiner tatsächlichen Gewalt durch die Herrschaft des anderen beschränken lassen will. Es ist vielmehr m. E. der Mitbesitz nicht ohne den Willen denkbar, daß auch der andere Mitbesitzer derselben Sache sein soll. Wenn auch nach Bürgerlichem Gesetzbuch der Wille nicht mehr als Erfordernis des Besitzers verlangt wird, so wird man deshalb nicht behaupten können, daß ein Wille nicht zum Besitzerwerbe hinzukommen darf. Derselbe ist vielmehr in weitaus den meisten Fällen beim Erwerb des Besitzes einer Sache vorhanden. Dies spricht auch die Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches aus, wenn sie sagt[1]): „Diese Aufstellung — nämlich daß der Wille Erfordernis des Besitzerwerbs sein müsse — ist in den zahlreichen Fällen entbehrlich, in denen nach Lage der Sache die Herstellung der tatsächlichen Gewalt ohne einen darauf gerichteten Willen

[1]) Protokolle a. a. O. S. 30.

nicht möglich sei, und für die Fälle bedenklich, in denen ein Erwerbswille desjenigen, welcher den possessorischen Schutz erlangen müsse, nur mit Hilfe willkürlicher Annahmen und Fiktionen zu konstruieren sei."

Der Mitbesitz ist demnach undenkbar, wenn nicht jeder Mitbesitzer den Willen hat, bloßer Mitbesitzer sein zu wollen, d. h. sich durch den Mitbesitz des anderen Beschränkungen auferlegen lassen zu wollen.

Es handelt sich beim Mitbesitz des Bürgerlichen Gesetzbuches also nicht um Teilung des Besitzes unter die einzelnen Mitbesitzer. Dieser ist ebensowenig wie nach gemeinem Rechte nach Bürgerlichem Gesetzbuch teilbar. Ebensowenig entsteht aber Mitbesitz durch eine Teilung des Willens, wie wir bereits bei der Besprechung des Mitbesitzes pro partibus indivisis nach gemeinem Rechte nachgewiesen haben. Vielmehr handelt es sich bei dem Mitbesitz darum, daß jeder Mitbesitzer die Sache als Ganzes besitzen will, aber nur insoweit, als er nicht durch den Mitbesitz des andern beschränkt wird. Daher kann man wohl von einem Anteil an der gemeinsamen tatsächlichen Gewalt sprechen, wenn man die Beschränkung näher kennzeichnen will;[1]) jedoch ist dieser Anteil nur in der Vorstellung vorhanden, man muß ihn fingieren, denn in Wirklichkeit kann man die tatsächliche Gewalt über eine Sache nicht teilen. Dies ist auch wohl vereinbar mit der Ansicht, die das Reichsgericht[2]) vom Mitbesitz hat: „Der Mitbesitz mehrerer an derselben Sache muß sowohl im natürlichen als auch im juristischen Sinne des Besitzes in der Weise aufgefaßt werden, daß ein jeder von

[1]) vgl. Planck a. a. O. S. 51.

[2]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 13 S. 179.

ihnen die ganze Sache besitzt, jedoch in seinem Besitz durch den gleichen Besitz der übrigen beschränkt ist."

Als Voraussetzungen des Mitbesitzes der §§ 1081 und 1206 B.G.B. ergeben sich demnach: Jeder Mitbesitzer hat die tatsächliche Gewalt über die Sache als Ganzes, er hat aber den Willen bloßer Mitbesitzer zu sein und sich daher durch die tatsächliche Gewalt des andern Mitbesitzers insoweit beschränken zu lassen, als die Herrschaft desselben reicht. Diese Beschränkung muß man sich als einen Anteil der Gesamtgewalt, die nach außenhin alle Mitbesitzer unbeschränkt haben, vorstellen.

§ 14.

Mitbesitz und gemeinschaftlicher Besitz.

Wir haben bisher festgestellt, daß der Mitbesitz des Nießbrauchers und der des Bestellers, des Pfandgläubigers und des Verpfänders sich als Anteil an dem gemeinschaftlichen Besitz der ganzen Sache darstellt. Eine weitere Frage ist jetzt, ob in sonstigen Fällen, in denen mehrere Personen eine Sache zusammen besitzen, jede einzelne von ihnen den eben geschilderten in den §§ 1081 und 1206 sogen. „Mitbesitz" hat.

Planck,[1]) der als einziger in der Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuche den Unterschied zwischen dem „gemeinschaftlichen Besitz" und „Mitbesitz" hervorgehoben hat, bejaht diese Frage, ohne sie jedoch näher zu begründen. Wir können ihm darin im allgemeinen zustimmen; und zwar müssen wir dies für alle diejenigen Fälle tun, in denen mehrere Personen gemeinschaftlich die tatsächliche Gewalt

[1]) Planck a. a. O. Bd. 3 3. Aufl. S. 55.

über eine Sache haben und auch wollen, daß ihnen diese Gewalt allen zusammen zusteht, wo also der gemeinschaftliche Besitz der Sache durch tatsächliche Gewalt und Willen geschaffen wird. Ist ihr gemeinschaftlicher Besitz so beschaffen, so unterscheidet er sich in nichts von dem des Nießbrauchers und des Bestellers oder Pfandgläubigers und Verpfänders. Alle Personen haben zusammen den gemeinschaftlichen Besitz an der Sache, jeder will nur insoweit die Sache besitzen, als sie nicht durch andere besessen wird, er beschränkt seine tatsächliche Gewalt auf einen Anteil an dem gemeinschaftlichen Besitz und hat somit „Mitbesitz".

Der gemeinschaftliche Besitz wird nun in den meisten Fällen nicht nur durch bloßes Ergreifen der tatsächlichen Gewalt von seiten mehrerer Personen erworben, sondern mit der gemeinsamen Inbesitznahme ist auch bei den einzelnen Personen der Wille vorhanden, die Sache zusammen zu besitzen und sich durch den Besitz der anderen beschränken zu lassen. Dies ist zunächst immer der Fall bei dem mittelbaren gemeinschaftlichen Besitz. Ein solcher liegt vor, wenn mehrere unmittelbare Besitzer einer Sache diese einem oder mehreren anderen auf Grund eines Rechtsverhältnisses zum unmittelbaren Besitze überlassen, selbst aber zusammen mittelbare Besitzer der einen Sache bleiben.

Geben so z. B. mehrere Personen gemeinsam eine Sache zum Zwecke der Miete einem anderen, so müssen sie stets auch den Willen haben, dies zu tun. Sie erhalten somit ihren mittelbaren gemeinschaftlichen Besitz nicht nur auf Grund dessen, daß sie eine Beziehung zur Sache behalten, die nach der Verkehrsanschauung als tatsächliche Gewalt erscheint, sondern es muß hier bei jedem der Wille stets hinzukommen, die Sache mit den anderen weiter zusammen

als mittelbare Besitzer zu haben. Gibt dagegen einer von zwei Miteigentümern eine Sache einem Dritten zur Miete, so kann hieraus nicht für den anderen Miteigentümer ein mittelbarer Mitbesitz an der Sache entstehen. Denn ihm gegenüber besitzt der unmittelbar besitzende Dritte nicht auf Grund eines Rechtsverhältnisses, das ihn auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet. Ohne seinen Willen kann nicht ein mittelbarer gemeinschaftlicher Besitz entstehen. Ebensowenig kann er aber auch, wenn einmal entstanden, ohne seinen Willen weiter fortbestehen; denn gesetzt den Fall, zwei Personen, die gemeinschaftlich den unmittelbaren Besitz an einer Sache haben, geben die Sache zusammen einem Dritten zur Leihe mit dem Willen, weiter zusammen die Sache mittelbar zu besitzen, so haben sie den mittelbaren gemeinschaftlichen Besitz nur so lange, als sie auch den Willen haben, daß jeder von ihnen mit dem anderen zusammen mittelbar die Sache besitzen soll. Gibt einer von ihnen dem unmittelbaren Besitzer gegenüber seinen Willen dahin kund, daß dieser nur von ihm aus den Besitz weiter inne haben soll, dann hört der mittelbare Mitbesitz eines jeden auf, gleichgültig ob der andere Mitbesitzer etwas davon weiß. Denn nur solange jeder die mittelbare tatsächliche Gewalt mit der Einschränkung hat, daß auch der andere daran teilnimmt, hat er den „Mitbesitz".

Mit dem unmittelbaren gemeinschaftlichen Besitz hingegen verhält es sich anders. Hier ist nicht immer erforderlich, daß beim Besitzerwerb der Wille des Besitzes vorhanden sein muß. Daher ist m. E. nur in den Fällen, in denen er wirklich vorhanden ist, ein „Mitbesitz" des einzelnen denkbar. Diese Fälle sind die ungleich häufigsten.

Es gründen mehrere Personen eine Gesellschaft und vereinbaren, daß bestimmte Gegenstände Gesellschaftsvermögen sein sollen. Dann wollen sie auch zugleich, daß alle Gesellschafter zusammen die tatsächliche Gewalt über dies Vermögen haben sollen; der Wille eines jeden ist darauf gerichtet, so weit die tatsächliche Gewalt über das Vermögen zu haben, als sie nicht die andern haben. Jedem steht also somit nur ein Anteil an dem gemeinschaftlichen Besitz aller Gesellschafter zu. Der einzelne Gesellschafter ist damit Mitbesitzer des Gesellschaftsvermögens. Selbstverständlich kann von den Gesellschaftern ein anderes Besitzverhältnis vereinbart werden und wird wohl auch meistens dann vereinbart werden, wenn die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen besteht. Es können nämlich die Gesellschaftskasse oder die sonstigen eingebrachten Sachen einem der Gesellschafter zur Verwahrung und Verwaltung übergeben werden. Dann hat dieser allein die unmittelbare Herrschaft, aber die anderen Gesellschafter haben zusammen den mittelbaren gemeinschaftlichen Besitz an dem Vermögen.

Analog dem Besitz der Gesellschafter ist derjenige der Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins (§ 54 B.G.B.). Auch hier hat jedes Mitglied einen Anteil an der tatsächlichen Gewalt aller und somit Mitbesitz an dem Vereinsvermögen. Dasselbe ist bei dem gemeinschaftlichen Besitz des Gesamtgutes der in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten (§ 1438 B.G.B.) der Fall. Dadurch, daß diese die Gütergemeinschaft durch Ehevertrag vereinbaren, wollen sie auch, daß alles Vermögen, was nicht ausdrücklich oder kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, ihnen zusammen gehört. Und solange nicht der Wille eines von ihnen entgegensteht, insbesondere der Mann nicht die ihm nach § 1443 B.G.B. zu-

stehende Berechtigung der Inbesitznahme des Gesamtgutes für sich beansprucht, besitzen die Ehegatten dasselbe gemeinschaftlich. Da jeder von ihnen sich durch die tatsächliche Gewalt des anderen beschränken lassen will, so hat er auch nur einen Anteil an der gemeinschaftlichen tatsächlichen Gewalt und somit Mitbesitz.

Ebenso wie mit diesen im Bürgerlichen Gesetzbuche besonders behandelten Besitzgemeinschaften verhält es sich mit allen anderen Fällen, in denen mehrere Personen eine Sache gemeinschaftlich besitzen. So haben die Mieter eines Hauses meistens Mitbesitz an den zu dem Hause gehörenden Treppen, Waschküchen, Trockenböden usw. Sie haben ihn immer dann, wenn sie zusammen über diese Sachen die tatsächliche Gewalt haben wollen und auch inne haben. Weiß ein Mieter, daß noch ein anderer in seinem Hause über ihm wohnt, so will er die Treppen nicht allein besitzen, sondern auch dem anderen die tatsächliche Gewalt mit überlassen; jeder von ihnen will sie nur insoweit besitzen, als sie nicht der andere inne haben will; sie sind somit Mitbesitzer der Treppen.

Anders verhält es sich in folgendem Beispiel: Es mietet sich jemand ein Zimmer, und, da er es nur selten benutzt, überläßt der Vermieter dasselbe einem anderen zum Gebrauch ohne Wissen des ersten Mieters. Hier hat nicht etwa jeder von beiden Mietern „Mitbesitz“ an der gemieteten Stube. Jeder will vielmehr diese für sich allein besitzen; daß ohne den Willen der Mieter zeitweise ein anderer über das Zimmer die tatsächliche Gewalt hat, macht beide nicht zu Mitbesitzern. Da ein jeder von ihnen Alleinbesitzer sein will, so ist er es auch so lange, als er allein die tatsächliche Gewalt über das Zimmer hat. Maßt sich der andere Mieter den Alleinbesitz an und erlangt die tatsächliche Gewalt an der gemieteten

Wohnung, so hört der Alleinbesitz des ersten Mieters in dem Augenblicke auf, wo der des zweiten beginnt.[1])

Ähnlich wie bei der gemeinschaftlichen Miete einer Sache liegt es in allen anderen Fällen gemeinschaftlichen Besitzes. Wenn zwei Personen einen Gegenstand zusammen verwahren, entleihen, finden, okkupieren usw., überall ist ein „Mitbesitz" der einzelnen Personen nur vorhanden, wenn sie auch mit den anderen zusammen besitzen wollen, wenn sie ihre tatsächliche Gewalt nur auf einen Anteil beschränken.

§ 15.

Gemeinschaftlicher Besitz ohne Mitbesitz.

Es gibt nun auch Fälle gemeinschaftlichen Besitzes, denen zufolge mehrere Personen gemeinschaftlich eine Sache in der Gewalt haben, ohne dabei den Willen zu haben, die Sache mit anderen zusammen zu besitzen.

Der Besitz kann nach Bürgerlichem Gesetzbuch bekanntlich auch ohne animus possessionis nur durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben werden (§ 854 B.G.B.). Ebenso gut wie nun von einer Person allein ohne Willen Besitz erworben werden kann, so ist dies auch möglich, wenn es sich um mehrere Personen handelt. Hat nun auch in diesem Fall der einzelne Mitbesitz an der gemeinschaftlich besessenen Sache?

Betrachten wir zunächst die Fälle, in denen mehrere willensunfähige Personen gemeinsam die tatsächliche Gewalt

---

[1]) Anders Wolff a. a. O. S. 157.

über eine Sache erlangen. Zwei unmündige Kinder nehmen zusammen einen Gegenstand einem andern weg und behalten ihn; zwei Wahnsinnige begehen gemeinsam einen Diebstahl und verstecken die gestohlene Sache zusammen. Zweifellos erlangen hier die genannten Personen gemeinschaftlich die tatsächliche Gewalt an der Sache und behalten sie, bis einer von ihnen für sich allein die körperliche Herrschaft ergreift. Dennoch kann man m. E. hier von einem „Mitbesitz" eines jeden nicht sprechen. Denn wenn sie auch gemeinschaftlichen Besitz an der Sache haben, so hat doch nicht jeder von ihnen einen Anteil an diesem gemeinschaftlichen Besitz. Er kann ihn gar nicht haben, denn dazu wäre sein Wille unbedingt erforderlich. In diesem Fall haben die Willensunfähigen vielmehr zusammen die tatsächliche Gewalt, der einzelne hat nichts, er hat keine Gewalt über die Sache, sondern würde diese nur dann für sich allein in Anspruch nehmen können, wenn er für sich allein die Herrschaft über die Sache erlangt. Es ist also hier zwar ein gemeinschaftlicher Besitz mehrerer, nicht aber ein Mitbesitz der einzelnen Personen vorhanden.

Das gleiche ist der Fall, wenn mehrere Personen Miterben einer Sache ohne ihren Willen geworden sind. Nach § 857 B.G.B. geht der Besitz auf den Erben über. Sind mehrere Erben einer Sache vorhanden, so geht der Besitz dementsprechend auf diese alle über. Haben die Erben von dem Erbfall Kenntnis und wollen sie alle Miterben sein, dann haben sie nicht nur den gemeinschaftlichen Besitz an der Sache, sondern da jeder nur mit den andern zusammen besitzen will, hat der einzelne Miterbe auch einen Anteil an der tatsächlichen Gewalt und somit Mitbesitz. Wissen nun aber die Erben nichts von dem Anfall der Erbschaft, so geht

gleichwohl der Besitz der gemeinsam geerbten Sache mit dem Tode des Erblassers auf alle über; sie erlangen gemeinschaftlichen Besitz und behalten diesen so lange, bis ein anderer die tatsächliche Herrschaft an der Sache ergreift. Stirbt so z. B. jemand ohne Hinterlassung eines Testaments, und wissen seine gesetzlichen Erben nichts davon, daß sie Erben einer Sache sind, so geht gleichwohl mit dem Tode der Person der Besitz auf alle diejenigen zusammen über, welche gesetzliche Erben des Betreffenden sind. Er bleibt bei ihnen so lange, bis jemand, z. B. ein Pfleger, die tatsächliche Gewalt über die Sache ergreift. Auch hier haben die Miterben ohne ihren Willen gemeinschaftlichen Besitz an der Sache erhalten, nicht aber kann man davon sprechen, daß ein jeder von ihnen einen Anteil an dem gemeinschaftlichen Besitz hat. Ist die Zahl der Erben unbekannt, so weiß man ja gar nicht, mit wieviel andern zusammen sie die tatsächliche Gewalt haben. Sie haben hier alle zusammen den gemeinschaftlichen Besitz, aber keiner von ihnen ist Mitbesitzer. Der Wille eines jeden muß erst hinzukommen, um Mitbesitz des einzelnen zu begründen. Solange dieser fehlt, ist der Besitz auf alle Erben in ihrer Gesamtheit übergegangen.

Waren dies bisher Fälle, in denen mehrere Personen ohne ihren Willen gemeinschaftliche Besitzer einer Sache wurden, so gibt es fernerhin noch solche, wo mehrere sogar gegen ihren Willen gemeinschaftlich eine Sache besitzen. Hier ist ein Mitbesitz natürlich ebensowenig möglich. Derartige Erscheinungen liegen z. B. dann vor, wenn zwei Personen, von denen jeder für sich nach Schätzen gräbt, beide auf ein und denselben Schatz stoßen und ihn von beiden Seiten zusammen heben. Jeder will denselben für sich in Besitz haben, ergreift aber jetzt zusammen mit dem andern die körperliche

Gewalt an der Sache. Keiner will, daß der andere auch die Herrschaft über die Sache haben soll; jeder will Alleinbesitzer sein, und doch sind sie gemeinschaftliche Besitzer, da sie zusammen den Schatz heben und okkupieren. Oder es fangen zwei Jäger zu gleicher Zeit ein wildes Pferd;[1]) jeder will es für sich okkupieren; trotzdem haben sie aber die tatsächliche Gewalt gemeinschaftlich; denn würde einer von ihnen seine körperliche Gewalt an dem Tiere aufgeben, dann würde die Körperkraft des einen nicht mehr ausreichen, das Tier zu bändigen. Hier haben beide, obwohl jeder den Alleinbesitz des Tieres haben will, zusammen die tatsächliche Gewalt und damit gemeinschaftlichen Besitz an dem Tier. Da aber keiner den Willen hat, daß auch der andere die tatsächliche Gewalt haben soll, so hat niemand von ihnen Mitbesitz; denn ohne den Willen, nur einen Anteil an der tatsächlichen Gewalt zu haben, ist Mitbesitz des einzelnen undenkbar.

Wenn wir das gewonnene Resultat am Schlusse kurz zusammenfassen, so sehen wir, daß Mitbesitz nach Bürgerlichem Gesetzbuch der Anteil an dem gemeinschaftlichen Besitz ist, den der Nießbraucher und der Besteller an einem Inhaber- oder Orderpapier mit Blankoindossament (§ 1081), und den der Pfandgläubiger und Verpfänder an der Pfandsache haben. Daß ferner denselben Mitbesitz alle gemeinschaftlichen Besitzer einer Sache haben, wenn sie diese zusammen mit dem Willen besitzen, daß einem jeden von ihnen nur ein Anteil an der gemeinsamen tatsächlichen Gewalt zusteht. Dieser Anteil an der gemeinsamen tatsächlichen

---

[1]) vgl. auch den Walfischfall in Jherings Civilrechtsfällen a. a. O. S. 138..

Gewalt stellt sich dar als eine Beschränkung der tatsächlichen Gewalt, die sich der einzelne durch seinen Willen selbst auferlegt, und die dahin geht, mit anderen zusammen über die Sache die körperliche Gewalt zu haben. Dagegen existiert in den Fällen, in denen mehrere Personen eine Sache ohne diesen Willen besitzen, zwar ein gemeinschaftlicher Besitz, aber nicht ein Mitbesitz des einzelnen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.